

Distr.
LIMITED

A/CN.9/WG.V/WP.50
20 September 1999
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل المعني بقانون الاعسار
الدورة الثانية والعشرون
فيينا ، ٦-١٧ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٩

الأعمال المقبلة الممكنة بشأن قانون الاعسار

مذكرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة	المقرات	
٣	٧-١	مقدمة
٥	١١-٨	أولا - ملاحظات خلفية عامة
٦	٢٣-١٢	ثانيا - الأنشطة الجارية في المنظمات الدولية
٦	١٤-١٣	ألف - مصرف التنمية الآسيوي
٧	١٥	باء - الرابطة الدولية لنقابات المحامين
٧	١٨-١٦	جيم - صندوق النقد الدولي
٨	١٩	دال - منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي
٩	٢١-٢٠	هاء - الفريق العامل المعني بالأزمات المالية الدولية (مجموعة الـ ٢٢)
٩	٢٣-٢٢	واو - البنك الدولي
١٠	٣١-٢٤	ثالثا - الأهداف الرئيسية
١٠	٢٥	ألف - تعظيم قيمة الموجودات
١٠	٢٦	باء - الموازنة بين التصفية وإعادة التأهيل
١٠	٢٧	جيم - المعاملة العادلة

الصفحة	الفقرات
١٠	٢٨ - النص على ما يلزم لتسوية حالات الاعسار تسوية ابلانية وكفوة ونزاهة . .
١١	٢٩ هاء منع الدائنين من تجزئة موجودات المدين قبل الأوان
١١	٣٠ واو - النص على اجراءات قابلة للتكهن وشفافة ومحتوية على حوافز لجمع المعلومات وتوزيعها
١١	٣١ زاي - وضع اطار للاعسار عبر الحدود
١١	٣٢-١٦٠ - تحديد المعالم الأساسية
١٢	٣٤-٣٦ ألف - تطبيق القانون - الأفراد والمنشآت
١٣	٣٧-٤٦ باء - العلاقة بين التصفية واعادة التأهيل
١٥	٤٧-١٠٣ جيم - اجراءات التصفية
١٦	٤٨-٥٢ ١ - شروط بدء التصفية
١٧	٥٣-٦٢ ٢ - أثر بدء الاجراءات
٢٠	٦٣-١٠٠ ٣ - الاجراءات
٣٢	١٠١-١٠٢ ٤ - ابراء الذمة
٣٢	١٠٣ ٥ - الدائنون الأجانب
٣٣	١٠٤-١٤٣ دال - اعادة التأهيل
٣٣	١٠٤ ١ - المعالم الجوهرية
٣٣	١٠٥-١١٠ ٢ - مقتضيات بدء الاجراءات
٣٥	١١١-١١٦ ٣ - نتائج بدء الاجراءات
٣٧	١١٧-١٤٣ ٤ - الاجراءات
٤٤	١٤٤-١٤٧ هاء - مشاركة الدائنين
٤٥	١٤٨-١٥٣ واو - المصفون ومدراء الاعسار
٤٦	١٥٤-١٥٦ زاي - المحكمة
٤٨	١٥٧-١٦٠ حاء - اجراءات الاعسار غير الرسمية
٤٩	١٦١-١٦٨ خامسا - شكل الأعمال المقبلة الممكنة
٤٩	١٦٢-١٦٦ ألف - قانون نمونجي أو أحكام نمونجية
٥٠	١٦٧-١٦٨ باء - مبادئ أو توصيات تشريعية

مقدمة

١ - كان معروضا على اللجنة في دورتها الثانية والثلاثين (١٩٩٩) اقتراح من أستراليا (A/CN.9/462/Add.1) بشأن الأعمال المقابلة الممكنة في مجال قانون الاعسار^(١) وأشار الاقتراح الى الأزمات المالية الاقليمية والعالمية الأخيرة والأعمال المضطلع بها في المحافل الدولية تصديا لتلك الأزمات . وقد شددت التقارير الواردة من تلك المحافل على الحاجة الى تعزيز النظام المالي الدولي في ثلاثة مجالات هي : الشفافية ؛ والمساءلة ؛ وإدارة الأزمات المالية الدولية من جانب النظم القانونية الداخلية . وتقول تلك التقارير ان وجود النظم الفعالة الخاصة بالاعسار وبالعلاقة بين المدين والدائن هو وسيلة هامة لمنع الأزمات المالية أو الحد منها ولتيسير تنفيذ ترتيبات سريعة ومنظمة متفق عليها للخروج من المديونية المفرطة . وذهب اقتراح استراليا المعروض على اللجنة الى أن اللجنة ، بالنظر الى عضويتها الشاملة ، والأعمال الناجحة التي سبق أن اضطلعت بها بشأن الاعسار عبر الحدود ، وعلاقات عملها الراسخة مع المنظمات الدولية التي لديها دراية واهتمام بقانون الاعسار ، هي محفل من الملائم ادراج قانون الاعسار في أجندته . وحث الاقتراح اللجنة على النظر في تكليف فريق عامل بصوغ قانون نموذجي بشأن اعسار الهيئات الاعتبارية ، بغية حفز وتشجيع اعتماد نظم وطنية فعالة خاصة باعسار الهيئات الاعتبارية .

٢ - وأعربت اللجنة عن تقديرها للاقتراح ، ولاحظت أن منظمات دولية مثل صندوق النقد الدولي ، والبنك الدولي ، ورابطة المحامين الدولية ، اضطلعت بمشاريع عمل متباينة بشأن صوغ معايير ومبادئ لنظم الاعسار . ولاحظت أيضا أن الهدف العام لتلك المنظمات هو تحديث ممارسات الاعسار وقوانينه ، وان كانت تلك المنظمات تتفاوت من حيث نطاقها وطرائق عملها نتيجة لتباين ولاية وعضوية كل منها . وتبرهن المبادرات المتخذة في تلك المنظمات على ضرورة مساعدة الدول على اعادة تقييم قوانين وممارسات الاعسار فيها . غير أن تلك المبادرات المختلفة تستوجب أيضا تعزيز التنسيق بينها ، عند الاقتضاء ، بغية تفادي ازدواجية العمل المفضية الى عدم الكفاءة ، وتحقيق نتائج متسقة^(٢) .

٣ - وأعرب في اللجنة عن الاعتراف بما لنظم الاعسار الفعالة من أهمية لجميع البلدان . وأعرب عن رأي مفاده أن ماهية نوع نظام الاعسار الذي اعتمده البلد أصبحت في مقدمة العوامل التي تحدد درجات الملاءة على الصعيد الدولي . غير أنه أعرب عن شاغل بشأن الصعوبات المرتبطة بالأعمال الجارية على الصعيد الدولي فيما يتعلق بتشريعات الاعسار ، التي تنطوي على خيارات اجتماعية - سياسية حساسة وقابلة للتشعب . وبالنظر الى تلك الصعوبات ، خُشي أن الأعمال ربما لا تكلل بالنجاح . وقيل انه يحتمل كل الاحتمال استحالة التوصل الى قانون نموذجي مقبول لدى جميع الدول ، وإن أي عمل ينبغي

(١) الأعمال المقابلة الممكنة في مجال قانون الاعسار : اقتراح من أستراليا ، A/CN.9/462/Add.1 .

(٢) الوثائق الرسمية للجمعية العامة ، الدورة الرابعة والخمسون ، الملحق رقم ١٧ (A/54/17) ، الفقرات

أن يتبع نهجا مرنا يتيح للدول خيارات وسياسات بديلة . وفي حين استتمعت اللجنة الى عبارات تأييد لتلك المرونة ، اتفق عموما على أن اللجنة لا تستطيع أن تتخذ قرارا نهائيا بشأن الالتزام بإنشاء فريق عامل لصوغ تشريع نموذجي أو نص آخر دون اجراء مزيد من الدراسة للأعمال التي تضطلع بها بالفعل منظمات أخرى والنظر في المسائل ذات الصلة .

٤ - ومن أجل تيسير الدراسة المزيدة المذكورة ، دعت الأمانة اللجنة الى النظر في امكانية تكريس دورة واحدة لفريق عامل للتأكد من ماهية الناتج الذي سيكون ملائما في ظل الجهود المتباعدة الجارية (مثلا قانون نمونجي أو أحكام نمونجية أو مجموعة مبادئ أو نص آخر) وتحديد نطاق المسائل التي ينبغي ادراجها في ذلك الناتج . وأعرب عن آراء متباينة بشأن ذلك . فذهب أحد الآراء الى أن الأمانة ينبغي أن تضطلع بالمزيد من الأعمال الخلفية وأن تقدمها الى اللجنة في دورتها الثالثة والثلاثين لكي تتخذ قرارا حول ما ان كان ينبغي الاضطلاع بأعمال موضوعية لصوغ قانون موحد أم لصوغ نص آخر يكون له طابع التوصيات . وذهب رأي آخر الى أن المسألة يمكن أن تحال الى دورة واحدة لفريق عامل ، بغرض دراسة تلك المسائل المختلفة وتقديم تقرير الى اللجنة في دورتها الثالثة والثلاثين في عام ٢٠٠٠ بشأن جدوى الاضطلاع بأعمال في ميدان الاعسار . وسيكون معروضا على اللجنة عندئذ معلومات كافية لاتخاذ قرار نهائي حول المسألة . وشدد على أن الأعمال التحضيرية لدورة الفريق العامل ستطلب التنسيق مع المنظمات الدولية الأخرى التي تضطلع بالفعل بأعمال في مجال قانون الاعسار ، لأن نتائج أعمالها يمكن أن تشكل عناصر هامة في المداولات الرامية الى التوصية الى اللجنة بالمساهمة المفيدة التي يمكن أن تقدمها في ذلك الميدان . وأشار الى أن عددا من المنظمات الدولية استبان أهمية القيام بأعمال تتعلق بقانون الاعسار والحاجة الملحة الى تلك الأعمال ، وأن هناك اتفاقا واسعا على أنه يلزم الاضطلاع بالمزيد من الأعمال من أجل حفز صوغ واعتماد نظم وطنية فعالة خاصة باعسار الهيئات الاعتبارية .

٥ - وكان الرأي السائد في اللجنة هو أنه ينبغي انعقاد دورة استطلاعية لفريق عامل لاعداد اقتراح بشأن الجدوى لكي تنظر فيه اللجنة في دورتها الثالثة والثلاثين . وعقب ذلك ، وبعد أن بحثت اللجنة أعمالها المقبلة في مجال التحكيم ، قررت أن يعقد الفريق العامل المعني بقانون الاعسار دورة استطلاعية في فيينا من ٦ الى ١٧ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٩ .

٦ - والمقصود بهذه المذكرة أن تكون بمثابة قائمة بالمسائل والنهوج التي يمكن أن يتناولها صك تعده اللجنة . ولا يدعى أن المذكرة شاملة ، ويتوقع أن تطرح في المناقشة مسائل لم تتناولها المذكرة .

٧ - وربما يرغب الفريق العامل في أن يستعرض هذه المذكرة موضوعا موضوعا ، بهدف النظر أولا فيما ان كان من المستصوب والمجدي الاضطلاع بالمزيد من الأعمال بشأن مسألة الاعسار ، وفي هذه الحالة فما هي المواضيع ، ان وجدت ، التي يمكن تناولها في الأعمال المقبلة . ولدى دراسة هذه المواضيع ، ربما يرغب الفريق العامل في أن ينظر في حالة المناقشات الجارية ومان ان كانت الحلول

المعروضة في هذه المذكرة يمكن أن تقدم نهجا ملائما . وعلاوة على ذلك ، ربما يرغب الفريق العامل أيضا في النظر في ماهية ناتج الأعمال (مثلا قانون نمونجي أو أحكام نمونجية أو مجموعة مبادئ أو نص آخر) الذي سيكون ملائما لتناول الاعتبارات السياسية ذات الصلة والخيارات الممكنة لحل المشاكل المبينة في هذه المذكرة . ويمكن أن يساعد هذا النهج الفريق العامل على التوصل الى افتراض عملي حول الشكل الذي قد يتخذه أي نص . ويمكن أن يكون ذلك الافتراض العملي مرشدا لأية مداولات لاحقة في الفريق العامل وأن يتيح تبلور الشكل مع تطور العمل .

أولا - ملاحظات خلفية عامة

٨ - في اعداد هذه المذكرة واختيار المسائل المشار اليها فيها ، اعتمدت الأمانة على جهود وتقارير سابقة . والفصل الثاني من هذه المذكرة يقدم تعريفا موجزا بالأعمال الجارية في المنظمات الدولية في مجال قانون الاعسار . ويبين الفصل الثالث المبادئ أو الأهداف الرئيسية التي حددت باعتبارها هامة لنظام فعال بشأن الاعسار ، في حين يبحث الفصل الرابع ببعض التفصيل المعالم الجوهرية لنظام الاعسار . ويستند هذان الجزءان الى "المبادئ والمعالم الرئيسية لنظم الاعسار الفعالة" المدرجة في تقرير الفريق العامل المعني بالأزمات المالية الدولية التابع لمجموعة الـ ٢٢ ،⁽³⁾ وتقارير صندوق النقد الدولي⁽⁴⁾ ومصرف التنمية الآسيوي .⁽⁵⁾ ويشتمل الفصل الرابع أيضا على توصيات واقتراحات مأخوذة من تلك التقارير . ويقدم الفصل الخامس من هذه المذكرة معلومات خلفية موجزة عن الأنواع المختلفة من النصوص التي يمكن أن تشكل أساس الأعمال المقبلة . ويتناول الفصل بعض الاعتبارات التي تثيرها هذه النواتج المتباينة ، بما في ذلك قدرة كل نوع من أنواع النصوص على المساهمة في تحقيق هدف صوغ اطار منسق لنظم وطنية فعالة بشأن اعسار الهيئات الاعتبارية .

٩ - وقد يكون من المفيد ، قبل الشروع في النظر في المسائل ذات الصلة ، توضيح الطريقة التي ينبغي أن يفهم بها بعض المصطلحات الأساسية الواردة في هذه المذكرة . فمعظم النظم القانونية يحتوي على قواعد بشأن أنواع مختلفة من الاجراءات يمكن البدء فيها عندما يعجز المدين عن سداد ديونه ، ويشار اليها بعبارات عامة مثل "اجراءات الاعسار" . ويمكن التمييز بين نوعين من اجراءات الاعسار ، لا تستخدم دائما مصطلحات موحدة للإشارة اليهما .

Report"). Report of the G22 Working Group on International Financial Crises, October 1998 ("the G22 (3)

Key Procedures: International Monetary Fund, Legal Department Report, **Orderly and Effective Insolvency** (4)
Issues, May 1999 ("the IMF Report").

Insolvency Law Asian Development Bank, Regional Technical Assistance, Project, TA No: 5795-REG, (5)
Insolvency Law Reform Reform: Preliminary Comparative Report, 1999 ("the ADB Report"); also **Special Report:**
Bank, 1999 ed., ("the ADB Special Asian and Pacific Region, Law and Development at the Asian Development in the
Report").

١٠ - ففي أحد أنواع الاجراءات (يشار اليه هنا بعبارة "التصفية") تتولى سلطة عامة ، تكون عادة محكمة تتصرف من خلال موظف معين لهذا الغرض (ويشار اليه هنا بعبارة "المصفتى") ، الاشراف على موجودات المدين المعسر بهدف تحويل الموجودات غير النقدية الى شكل نقدي وتوزيع الحصيلة بالتناسب على الدائنين وتصفية المنشأة المدينة ككيان تجاري . وهذا النوع من الاجراءات هو النوع الوحيد المستخدم في بعض الدول . ومن المصطلحات الأخرى المستعملة للإشارة الى هذا النوع من الاجراءات العبارات التالية : bankruptcy (الافلاس) ، winding-up (الانهاء) ، faillite ، quiebra ، konkursverfahren .

١١ - وفي النوع الآخر من الاجراءات (ويشار اليه هنا بعبارة "اعادة التأهيل") ، لا يكون الغرض هو تصفية المنشأة المدينة المعسرة بل السماح لها بالتغلب على مصاعبها المالية ومعاودة عملياتها التجارية العادية . وهذه الاجراءات أيضا تتخذ عادة تحت اشراف سلطة عامة ، مثل محكمة تتصرف من خلال موظف معين لهذا الغرض (ويشار اليه هنا بعبارة "مدير الاعسار") . وتهدف هذه الاجراءات عادة الى التوصل الى اتفاق بين المدين ودائنيه بشأن الاغاثة التي ينبغي أن تتيح للمدين تنظيم عملياته بغية استعادة عافيته المالية . وقد تنص نظم الاعسار على التصفية واعادة التأهيل كليهما ، وكذلك على الانتقال من احدى العمليتين الى الأخرى في ظروف معينة . ومن المصطلحات الأخرى المستعملة للإشارة الى هذا النوع من اجراءات الاعسار العبارات التالية : rescue (الانقاذ) ، reorganization (اعادة التنظيم) arrangement (الترتيب) ، compositoin (الصلح) ، concordat préventif de faillite ، suspensión de pagos ، administraci3n judicial de empresas ، Vergleichsverfahren .

ثانيا - الأنشطة الجارية في المنظمات الدولية

١٢ - المنظمات الدولية المذكورة أعمالها في هذا الجزء لا تعنى أساسا بتوحيد القواعد القانونية . وينشأ اهتمامها بقوانين الاعسار وممارساته من الأعمال التي تضطلع بها في مجال النظم المالية الدولية ومن الادراك المتزايد بأن نظم الاعسار الفعالة تؤدي دورا رئيسيا في تعزيز النظام الاقتصادي والمالي للبلد بغية منع الأزمات المالية وأنها تمثل ، عند وقوع الأزمة ، آلية ضرورية للتعامل مع تلك الحالة المالية . وقد شدد في هذه المنظمات على قيمة نظم الاعسار الوطنية الفعالة .

ألف - مصرف التنمية الآسيوي

١٣ - يجري تنفيذ مشروع المساعدة التقنية الاقليمية لاصلاح قانون الاعسار ، التابع لمصرف التنمية الآسيوي ، كجزء من الأنشطة التي يضطلع بها المصرف في اطار موضوع "القانون والتنمية" ، ويهدف الى اتيحة محفل اقليمي للمسؤولين الحكوميين وسائر المعنيين باصلاح وتنفيذ قانون الاعسار تناقش فيه المشاكل المشتركة في هذا المجال وتبحث فيه الممارسات الفضلى الاقليمية والدولية . وفي سياق المشروع ، جرت دراسة العلاقات المتبادلة بين ديون الهيئات الاعتبارية واسترداد الديون واعسار الهيئات الاعتبارية في أحد عشر اقتصادا آسيويا . ويسعى التقرير المقارن الأولي للدراسة الى استبانة أوجه

التشابه والاختلاف في الاقتصادات الأحد عشر والتعليق عليها وتقييمها فيما يتصل بتلك العلاقات المتبادلة ، وتحديد مكونات رئيسية لـ "نموذج ممارسات فضلى" يكون مناسباً للمنطقة من أجل التصدي الفعال لمشاكل اعسار الهيئات الاعتبارية واسترداد الديون . ويقترح التقرير أن تحدد المكونات الأساسية بالإشارة إلى السياسات والمبادئ الراسخة والمتعارف عليها التي يمكن تبينها في نظم اعسار الهيئات الاعتبارية والممارسات ذات الصلة في العديد من البلدان الأكثر تقدماً في التنمية . وفي حين يلاحظ التقرير (٦-١ ، ص ٨) أن هناك درجة كبيرة من الاختلاف بين البلدان المختلفة في تطبيق وممارسة هذه السياسات والمبادئ ، فإنه يشدد ، رغم ذلك ، على أنه توجد في هذه النظم درجة أساسية إلى حد معقول من وحدة النهج . ويرى التقرير أنه - لذلك - يمكن التعبير عن إطار سياسات أساسي لنظام مقبول تجارياً للاعسار يبدو مناسباً للتطبيق في اقتصاد السوق .

١٤ - ويستند التقرير إلى دراسة استقصائية واسعة النطاق لعدد من الجوانب في الاقتصادات الأحد عشر ، منها أشكال وهياكل منظمات الأعمال (مع التركيز على المنشآت الكبيرة والمتوسطة) ؛ والنظام المصرفي ومدى توافر أشكال التمويل لتلك المنشآت ، بما في ذلك التمويل والائفاء المعززان بضمانات ؛ والتمويل والائفاء غير المعززين بضمانات ؛ والاتجاهات بشأن الصعوبات المالية والاعسار ؛ والعمليات غير الرسمية ؛ والنظم القانونية الخاصة بالاعسار ؛ وجوانب قانون الاعسار المتعلقة بالإجراءات الأجنبية والاعسار عبر الحدود ؛ والعلاقة المتبادلة بين المقرضين والمقرضين ؛ وتقييم عام للعمليات المختلفة التي تنشأ من هذه المسائل (ص ٦-٧) . وكانت الدراسات الاستقصائية موجهة إلى شكل ومضمون المسائل والعمليات ، وكذلك التأثيرات غير الملموسة أو التأثيرات الاجتماعية - السياسية التي يمكن أن تقع عليهما .

باء - الرابطة الدولية لنقابات المحامين

١٥ - تتصدى اللجنة "ياء" ، التابعة للرابطة الدولية لنقابات المحامين ، للاعسار وحقوق الدائنين ، وقد شرعت مؤخراً في مشروع هو "القانون النموذجي للافلاس" يقصد به المواءمة بين قوانين الافلاس الموضوعية بتوفير مشاريع أحكام بشأن المكونات الرئيسية لقانون الاعسار في الولايات القضائية التي تنظر في اصلاح نظمها الخاصة بالاعسار . وقد اكتملت في أيلول/سبتمبر ١٩٩٧ مسودة أولى تتناول اجراءات التصفية . وتتناول المسودة مواضيع مثل اختبارات الاعسار ، وصلاحيات ممثل الافلاس ، والصفقات الباطلة السابقة للافلاس ، وأولوية مطالبات الدائنين وعقودهم . ويجري حالياً اعداد مسودة أخرى للقانون النموذجي .

جيم - صندوق النقد الدولي

١٦ - في أيار/مايو ١٩٩٩ ، أكملت الإدارة القانونية بصندوق النقد الدولي اعداد تقرير داخلي بعنوان "اجراءات الاعسار المنظمة والفعالة : المسائل الرئيسية" . ويبحث التقرير الخيارات السياساتية الرئيسية

التي يلزم أن تبت فيها البلدان لدى صوغ نظام اعسار . واستنادا الى دراسة مقارنة لقوانين اعسار مختارة ، يناقش التقرير المسائل ذات الأهمية العالمية ، ويقارن بين مزايا الحلول الممكنة ومثالبها . وفي حين يعرب التقرير فعلا عن تفضيلات معينة فيما يتعلق ببعض الخيارات السياسية الأكثر أهمية ، فهو لا يحاول اقتراح معايير .

١٧ - ويوضح التقرير أن النهج المتبعة بشأن هذه المسائل تتباين في عدد من الجوانب ، ويعزى ذلك التباين ليس فقط لاختلاف التقاليد القانونية بل أيضا لاختلاف الخيارات السياسية . وعلى الرغم من أن بعض تلك الخيارات يمكن أن يقال إن نهجه "في صالح الدائن" أو "في صالح المدين" فإن التقرير (ص ٢) يحذر من أن "مدى اعتبار القواعد المدرجة في قانون الاعسار مناسبة للدراج في فئة أو أخرى هو أقل أهمية ، في نهاية المطاف ، من مدى تنفيذ القواعد تنفيذا فعالا من جانب هيكل مؤسسي متين ."

١٨ - ويلاحظ التقرير أنه لا يتناول عدة مسائل وهي : تطبيق قوانين الاعسار على الأفراد ؛ والآليات القانونية المتعلقة بما تواجهه الحكومات الوطنية أو المحلية من مشاكل السيولة ؛ واعسار المؤسسات المالية ؛ والعلاقة المعقدة بين إدارة الهيئات الاعتبارية واجراءات الاعسار ؛ والقانون المتعلق بالصفقات المغطاة بضمانات ؛ والمعالم الرئيسية لاستقلال القضاء وكفاءته ؛ واعادة التأهيل خارج اطار المحاكم .

دال - منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي

١٩ - منذ عام ١٩٩٢ ، تضطلع وحدة الخوصصة واصلاح المنشآت في منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي بعملية صوغ قواعد وسياسات لحكومات البلدان التي تمر بمرحلة تحول والاقتصادات السوقية الناشئة في مجال اصلاح القوانين ، مع التركيز على الخوصصة والاعسار وقوانين الهيئات الاعتبارية . وتركزت الأعمال الجارية في مجال قانون الاعسار على الاقتصادات التي تمر بمرحلة تحول ، فدرست العلاقة بين اجراءات الاعسار واعادة هيكلة المنشآت ، وقدمت استعراضات مقارنة للأطر القانونية والسياساتية المختلفة للاعسار ، وبحث الآثار السياسية لاستخدام اجراءات الاعسار أو اجراءات مماثلة في خوصصة الموجودات المملوكة للدولة . واضطلعت المنظمة ، في سياق برنامجها الخاص لآسيا وبالتعاون مع البنك الدولي ومصرف التنمية الآسيوي ، باقامة حوار حول تصميم وتنفيذ نظم الاعسار يشترك فيه خبراء ومسؤولون من البلدان الأعضاء ومقررو سياسات وخبراء من اقتصادات سوقية ناشئة . وسيعقد في تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٩ اجتماع لمناقشة عدد من التقارير ، واستعراض التقدم المحرز في اصلاح نظم الاعسار في الاقتصادات الآسيوية ، والنظر في الجهود الجارية لوضع اطار لاجراءات الاعسار الدولية ، وتقديم توصيات بشأن الأعمال المقبلة .

هاء - الفريق العامل المعني بالأزمات المالية الدولية (مجموعة الـ ٢٢)

٢٠ - اكتمل اعداد تقرير الفريق العامل في تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٨ ، وهو يحدد مجموعة من السياسات والابتكارات المؤسسية يمكن أن تساعد على منع الأزمات المالية الدولية وعلى تيسير التسوية المنظمة للأزمات التي قد تحدث في المستقبل . وعلى وجه الخصوص ، يحدد التقرير سياسات يمكن النظر فيها قد تساعد على تخفيض تواتر الأزمات المقبلة والحد من نطاقها ، وتحسين التنسيق بين الدائنين ، وتشجيع التسوية المنظمة والتعاونية والعادلة للأزمات المالية الدولية التي تحدث . واعتمد التقرير ثمانية مبادئ ومعالم رئيسية لنظم الاعسار صيغت بالتشاور مع الاتحاد الدولي للمختصين في شؤون الاعسار (الانسول الدولي - INSOL International) .

٢١ - ولم تقدم في التقرير توصيات محددة بشأن سبل التوصل الى اعتماد نظم اعسار تتوافق مع المبادئ والمعالم التي اعتمدت . وبدلاً من ذلك ، توقع الفريق العامل أن يجرى ، في اطار عملية المراقبة الدولية المعززة التي ينظر فيها في عدد من المحافل ، استعراض لنظم الاعسار الوطنية ، وأن المساعدة التقنية المقدمة من صندوق النقد الدولي والبنك الدولي ، مع التمييز الذي تقوم به أسواق رأس المال ، سيساعدان على التشجيع على ادخال تحسينات . ومع ذلك فقد دعا الفريق العامل الى النظر ، في المحافل الملائمة ، في وضع وسائل وحوافز اضافية للتشجيع على اعتماد نظم فعالة .

واو - البنك الدولي

٢٢ - يقوم البنك الدولي ، بصفة جزء من الجهود الأوسع نطاقا الرامية الى تحسين استقرار النظم المالية الدولية في المستقبل ، بقيادة مبادرة لتحديد مبادئ ومبادئ توجيهية لنظم الاعسار السليمة ولتعزيز حقوق المدينين والدائنين ذات الصلة . وستجري المبادرة في شراكة مع عدد من المنظمات الدولية (منها صندوق النقد الدولي ومصرف التنمية الآسيوي والأونسيترال ومنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي والمؤسسة المالية الدولية ومصرف التنمية الافريقي والمصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير ومصرف التنمية للبلدان الأمريكية والرابطة الدولية لنقابات المحامين والانسول) ستقدم ارشادا للبنك ولفرقة خبراء عاملة .

٢٣ - وستعد الفرقة العاملة مشروع مبادئ ومبادئ توجيهية استنادا الى سلسلة من ورقات العمل والى ندوة حول الاعسار (واشنطن ، ١٣ و ١٤ أيلول/سبتمبر ١٩٩٩) . وستدرس ورقات العمل عددا من المسائل منها الاطار القانوني للاعسار ، والاطار المؤسسي ، واقتصاديات الاعسار ، والأطر التنظيمية ، وشواغل قطاع الأعمال والمال ، واعادة التأهيل وبدائل الاعسار ، وحالات الأزمات النظامية ، وحالات اعسار المنشآت المملوكة للدولة ، وحالات اعسار المصارف ، والنظم الخاصة بالعلاقة بين المدين والدائن .

ثالثاً - الأهداف الرئيسية

٢٤ - على الرغم من أن الأهداف الرئيسية تعامل معاملة متباينة في التقارير المختلفة المشار إليها في هذه المذكرة فهناك اتفاق عام على الأهداف الرئيسية ذات الأهمية لنظم الاعسار الفعالة .⁽⁶⁾

ألف - تعظيم قيمة الموجودات

٢٥ - ينبغي أن يتيح قانون الاعسار امكانية اعادة تأهيل المنشأة المدينة كبديل للتصفية ، حيثما يكون من المتوقع أن لا يضطر الدائنون الى الحصول على أقل مما كانوا سيحصلون عليه في حالة التصفية ويتوقع أن يؤدي السماح للمدين بالاستمرار الى تعظيم ما لموجودات المدين من قيمة للدائنين .

باء - الموازنة بين التصفية واعادة التأهيل

٢٦ - يلزم أن يوازن نظام الاعسار بين مزايا تحصيل الديون في الأجل القريب من خلال التصفية (التي هي في كثير من الأحيان خيار الدائنين المغطيين بضمانات) ومزايا الحفاظ على المنشأة المدينة كمنشأة قابلة للاستمرار من خلال اعادة التأهيل (التي هي في كثير من الأحيان خيار الدائنين غير المغطيين بضمانات) .

جيم - المعاملة العادلة

٢٧ - ينبغي أن يعامل نظام الاعسار الدائنين ذوي الأوضاع المتماثلة ، ويشمل ذلك الدائنين الأجانب والدائنين المحليين على السواء ، معاملة عادلة . وتسلم المعاملة العادلة بأن الدائنين لا يلزم أن يعاملوا معاملة متساوية بل بطريقة تعكس الصفقات المتباينة التي أبرموها مع المدين . وينبغي أن يتناول نظام الاعسار ما قد ينشأ في حالات العسر المالي من مشاكل احتيال ومحسوبية .

دال - النص على ما يلزم لتسوية حالات الاعسار تسوية إبانة وكفؤة ونزيهة

٢٨ - ينبغي تسوية حالات الاعسار بسرعة وكفاءة ، مع تفادي الاخلال غير اللازم بأعمال المدين . ولكي يتسنى ذلك ، قد يكون من المفيد أن توضع في القانون حدود زمنية لانجاز مسائل معينة وللإجراءات في مجملها ، واسناد المسؤولية عن العملية للكيان الذي يدير موجودات المدين ، وربما انشاء محاكم متخصصة أو محاكم إدارية متخصصة للإشراف على العملية .

هذه المناقشة تستند الى المبادئ المبينة في تقرير مجموعة الـ ٢٢ ، الصفحتين ٤٤ و ٤٥ .

(6)

هاء - منع الدائنين من تجزئة موجودات المدين قبل الأوان

٢٩ - ينبغي تنفيذ الاجراءات بطريقة نظامية ، وينبغي منع الدائنين ، عن طريق فرض أمر ايقاف ، من تجزئة موجودات المدين قبل الأوان . وسيتسنى بذلك اجراء دراسة سليمة لحالة المدين وتيسير تعظيم قيمة الحوزة (مجموع الموجودات) وكذلك معاملة الدائنين معاملة عادلة .

واو - النص على اجراءات قابلة للتكهن وشفافة ومحتوية على حوافز لجمع المعلومات وتوزيعها

٣٠ - ينبغي أن ينص في القانون بوضوح على قواعد ملائمة لتوزيع المخاطر وأن تطبق تلك القواعد تطبيقا متسقا بغية كفالة توافر الثقة بالعملية وضمان تمكن جميع المشاركين من اتخاذ تدابير ملائمة لادارة المخاطر . وتتصل الشفافية اتصالا وثيقا بهدف القابلية للتكهن ، وهي تتطلب اعطاء معلومات كافية للمشاركين في العملية بغية تمكينهم من ممارسة حقوقهم بموجب قانون الاعسار . وعلاوة على ذلك ينبغي ، اذا كان القانون ينص على ممارسة سلطة تقديرية ، أن يوفر أيضا ارشادا كافيا حول كيفية ممارسة تلك السلطة التقديرية .

زاي - وضع اطار للاعسار عبر الحدود

٣١ - من أجل تعزيز التنسيق بين الولايات القضائية ، ينبغي أن تنص قوانين الاعسار على قواعد بشأن حالات الاعسار عبر الحدود ، مع الاعتراف باجراءات الاعسار الأجنبية .

رابعا - تحديد المعالم الأساسية

٣٢ - يتناول تقريرنا مصرف التنمية الآسيوي وصندوق النقد الدولي عددا من المسائل المشتركة التي ينبغي أن يتناولها نظام الاعسار . ومن حيث الاطار القانوني اللازم لدعم العملية ، يشير التقريران الى أن نظام الاعسار ينبغي أن يسوى عددا من المسائل هي التالية :

- ١ - أنواع الدائنين التي ستخضع للقانون ؛
- ٢ - العلاقة بين اجراءات التصفية واجراءات اعادة التأهيل ؛
- ٣ - متى يمكن بدء اجراءات الاعسار ؛
- ٤ - الى أي مدى ينبغي ازاحة المدين عن الادارة عند بدء الاجراءات ؛
- ٥ - أنواع الدائنين الذين توقف دعاوهم أو لا يجوز البدء فيها ؛
- ٦ - الى أي مدى ينبغي أن تكون للمصفين والمديرين سلطة التدخل في العقود التي أبرمها المدين قبل بدء الاجراءات أو ابطال تلك العقود ؛

- ٧ - القيود التي تفرض على صوغ خطط اعادة التأهيل والشروط اللازمة لاقرارها وتنفيذها ؛
- ٨ - في حالات التصفية ، تحديد رتب الدائنين لأغراض التوزيع .

٣٣ - ومن حيث الاطار المؤسسي ، تشمل المسائل الرئيسية ما يلي :

- ١ - الى أي مدى ينبغي أن تشرف على العملية المحاكم أو هيئات ادارية خاصة ؛
- ٢ - السلطة التقديرية التي ينبغي أن تكون للقضاة والمسؤولين المعيّنين في ممارسة واجباتهم ؛
- ٣ - الى أي مدى ينبغي أن تكون للمحاكم والمسؤولين المعيّنين صلاحية اتخاذ قرارات بشأن المسائل الاقتصادية والأعمالية ، حتى اذا اعترض الدائنون .

ألف - تطبيق القانون - الأفراد والمنشآت

٣٤ - ثمة مسألة ابتدائية هامة هي تحديد الكيانات التي يمكن اخضاعها ، بصفة جهات مدينة ، لقانون عام بشأن الاعسار . واذا استبعد أي كيان من العملية ، فان يتمتع بالحمايات التي توفرها العملية ، ولن يخضع للنظام الذي تفرضه العملية . ويمكن أن ينطبق النظام العام الخاص بالاعسار على جميع أشكال الهيئات الاعتبارية ، الخاصة والمملوكة للدولة على السواء ، ولا سيما الهيئات الاعتبارية التي تمتلكها الدولة وتنافس في السوق وتخضع فيما سوى ذلك لنفس العمليات التجارية والاقتصادية التي تخضع لها الهيئات الاعتبارية المملوكة ملكية خاصة . والى جانب القانون العام للاعسار ، يمكن أن تكون هناك حاجة لانشاء نظم خاصة للأشخاص الطبيعيين والكيانات التي تخضع لدرجة عالية من التنظيم ، مثل المؤسسات المالية ومؤسسات التأمين وشركات مرافق النفع العام .

٣٥ - ويقترح تقرير مصرف التنمية الآسيوي (٢-٤ ، ص ١٤) بصفة مبدئية أن تكون جميع الهيئات الاعتبارية ، الخاصة والمملوكة للدولة على حد السواء (باستثناء الهيئات الاعتبارية المصرفية) ، خاضعة لنفس النظام القانوني الخاص بالاعسار .

٣٦ - ويخلص تقرير صندوق النقد الدولي (ص ١٧) الى أنه ، في حين ينبغي تفادي استبعاد أية منشأة من أي شكل من أشكال نظام الاعسار ، فان من المسلم به أن البلدان قد ترغب في انشاء نظم خاصة ، خارج نطاق القانون العام للاعسار ، للأفراد أو للكيانات التي تخضع لدرجة عالية من التنظيم ، مثل المؤسسات المالية . غير أن الملكية الحكومية للمنشأة لا ينبغي اتخاذها ، في حد ذاتها ، أساسا لاستبعاد المنشأة من نطاق القانون العام للاعسار .

باء - العلاقة بين التصفية وإعادة التأهيل

٣٧ - إذا عجز المدين عن الوفاء بالتزاماته عندما يحين أجل الوفاء بها ، يكون هناك عادة عدد من المطالبات المتنافسة على الموجودات تكون أفضل طريقة لتليبيتها ، في بعض الحالات ، هي التصفية ، حتى إذا لم يحصل الدائنون إلا على جزء من قيمة مطالباتهم . وفي حالات أخرى ، لا تكون التصفية أفضل سبل العمل ، ويمكن القيام بإعادة هيكلة لديون المدين وعملياته بغية انقاذ الكيان كمنشأة عاملة وكفالة السداد الكامل للدائنين أو حصولهم على الأقل على نفس المقدار الذي كانوا سيحصلون عليه من خلال التصفية . ومن المسائل الرئيسية في صوغ قوانين الاعسار وتقييمها الطريقة التي يتحقق بها توازن بين طائفة من المصالح الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والتشجيع على المشاركة في نظام الاعسار .

٣٨ - ويرى تقرير الصندوق أن الحاجة إلى اجراءات التصفية يمكن النظر إليها من منظورات مختلفة : أولاً ، باعتبارها تتناول المشاكل بين الدائنين وثانياً ، باعتبارها قوة تنظيمية تشكل عنصراً جوهرياً في العلاقة المستدامة بين المدين والدائن . وفيما يتعلق بالمسألة الأولى ، يشير التقرير (ص ١٠) إلى ما يلي :

"تتصدى الاجراءات المنظمة والفعالة الخاصة بالتصفية لمشكلة العلاقة بين الدائنين ببدء اجراء جماعي يسعى الى تحقيق معاملة عادلة بين الدائنين وتعظيم قيمة الموجودات التي ستوزع عليهم . [...] ويتحقق ذلك عادة بفرض أمر ايقاف على قدرة الدائنين انفاذ حقوقهم على المدين وبتعيين مصف مستقل يكون واجبه الأساسي هو تعظيم قيمة موجودات المدين قبل توزيعها على الدائنين ."

٣٩ - وبشأن العلاقة الجارية بين المدين والدائن ، يشير تقرير الصندوق إلى أن الآلية النظامية والقابلة للتكهن الخاصة بانفاذ حقوق الدائنين ، والتي تتميز بها اجراءات التصفية ، يمكن اعتبارها عاملاً هاماً في تحديد قرارات الاقراض التي يتخذها الدائنون . ومن منظور أوسع ، يمكن النظر إلى اجراءات التصفية باعتبارها "تعزز مصالح جميع الجهات المشاركة في الاقتصاد ، لأنها تيسر تقديم الائتمان وتطوير الأسواق المالية" (ص ١١) .

٤٠ - وبشأن إعادة التأهيل ، يبحث تقرير مصرف التنمية الآسيوي (٢-٢ (ب) ، ص ١٢) النظرية الاقتصادية (وهي نظرية أحدث من النظرية المستخدمة لتبرير عملية التصفية) التي ترى أنه لا ينبغي بالضرورة تصفية جميع المنشآت التي تخفق في السوق التنافسية . وينبغي أن تتاح الفرصة للهيئة الاعتبارية التي تتوفر لها امكانية معقولة للبقاء ، لا سيما وأنه يمكن البرهان على أن هناك فائدة أكبر تجنى من ابقاء تلك الهيئات الاعتبارية عاملة .

٤١ - وخلافا للتصفية ، تتيح اعادة التأهيل وقتا للمدين للتعافي من مشاكل السيولة ولإعادة هيكلة عملياته وعلاقاته بالدائنين وبالجهات المعنية بغية تحديد أفضل طريقة يمكن بها تعظيم قيمة موجودات المدين من أجل تلبية جميع المطالبات . ويتفاوت مدى الاعتماد على اجراءات اعادة التأهيل الرسمية لتحقيق هذه الأهداف ، وكذلك المجال الذي تركز عليه الاجراءات والطريقة التي تتم بها الموازنة بين المصالح المختلفة . فمثلا يركز بعض النظم على انقاذ الكيان كمنشأة عاملة والحفاظ على هيكل الملكية الراهن ، بينما تركز نظم أخرى على أصحاب المطالبات .

٤٢ - ويلاحظ تقرير صندوق النقد الدولي (ص ١١ - ١٢) أن هناك عددا من الأسباب التي تجعل اجراءات اعادة التأهيل قادرة على تهيئة آلية لإعادة تأهيل المنشآت تخدم مصالح جميع الجهات المشاركة في الاقتصاد . فأولا ، بما أن اعادة التأهيل خارج اطار المحاكم تتطلب اجماع الدائنين فان اللجوء الى اجراءات اعادة التأهيل الرسمية قد يساعد على تحقيق اعادة الهيكلة حيثما تتيح تلك الاجراءات للمدين وغالبية من الدائنين فرض خطة ما على أقلية معترضة من الدائنين ، خصوصا عندما يكون هناك دائنون "يرفضون الاندفاع" أثناء المفاوضات التي تجرى خارج اطار المحاكم . وثانيا ، يشير التقرير الى أن الاقتصاد العصري قد خفض كثيرا مدى امكانية تعظيم قيمة موجودات الكيان عن طريق التصفية . ففي الحالات التي تكون فيها الدراية التقنية والثقة بالكيان أهم من الموجودات المادية ، يكون الحفاظ على الموارد البشرية وعلاقات الأعمال عنصرا جوهريا في القيمة لا يمكن الحصول عليه عن طريق التصفية . وثالثا ، يحتمل بقدر أكبر تحقيق المنفعة الاقتصادية الطويلة الأجل من خلال اجراءات اعادة التأهيل ، لأنها تشجع المدينين على القيام باعادة التأهيل قبل أن تصبح مصاعبهم المالية حادة . وأخيرا ، توجد اعتبارات اجتماعية وسياسية يساعد على مراعاتها وجود اجراءات اعادة التأهيل التي تحمي ، مثلا ، العاملين في كيان متعثر .

٤٣ - ويشير المعلقون الى ما لإعادة التأهيل من أهمية خاصة في الاقتصادات التي تمر بمرحلة تحول ، حيث يمكن أن تؤدي التصفية الواسعة النطاق للمنشآت المعسرة ، وخصوصا المنشآت الكبيرة المملوكة للدولة ، الى مشاكل هيكلية واجتماعية بحجم يمكن أن يؤثر تأثيرا ضارا في النسيج الاجتماعي للبلد وأن يهدد ديموميته السياسية⁽⁷⁾.

٤٤ - وعلى الرغم من أن اجراءات التصفية واجراءات اعادة التأهيل تعاملان في كثير من الأحيان باعتبارهما عمليتين منفصلتين فانه يوجد تداخل وتفاعل كبيرين بينهما ، وكثيرا ما يكون من الصعب ، عند بدء الاجراءات ، معرفة ما ان كان ينبغي تصفية المدين أم اعادة تنظيمه . وثمة طريقة لمعالجة هذه المسألة وهي أن يشتمل نظام الاعسار على العمليتين كليهما ، على أن يرجح بينهما على ضوء

(7) See, for example, Dr Manfred Balz, and Henry M. Schiffman, "Insolvency Law Reform for Economies in Transition - A Comparative Law Perspective" Part 1, ("Balz and Schiffmann Pt. 1"), Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, Vol 11, No. 1 (January 1996), p. 19.

الاعتبارات السياسية . فمثلا يمكن أن يفترض القانون في بعض الحالات أن الشركة ينبغي أن يعاد تنظيمها ولا يجوز البدء في اجراءات التصفية الا اذا فشلت اعادة التأهيل . وثمة نهج مختلف هو نهج الاجراءات الواحدة ، الذي يقضي بأن تعالج جميع حالات الاعسار في البداية بموجب نفس القواعد ، ولا تقسم الاجراءات الى تصفية أو اعادة تأهيل الا بعد البت فيما ان كانت اعادة التأهيل ممكنة .

٤٥ - ويشير تقرير مصرف التنمية الآسيوي (٢-٥ ، ص ١٤) الى أن هناك مزايا من حيث التكلفة والفعالية في إتاحة امكانية الوصول الى العمليتين كليهما من خلال اجراءات واحدة . ويستشهد التقرير ، على سبيل المثال ، بالهيئة الاعتبارية التي ، عندما تكون قد سعت الى القيام باعادة تأهيل رسمية وعجزت عن ذلك ، يكون بالوسع تصفيتها تلقائيا دون ضرورة بدء اجراءات جديدة للتصفية . ويقترح التقرير أن ينص نظام الاعسار على امكانية الوصول الى عمليتي التصفية واعادة التأهيل من خلال اجراءات واحدة . ويرى تقرير صندوق النقد الدولي (ص ١٤) أن نهج الاجراءات الواحدة يوفر البساطة الاجرائية التي يمكن أن تكون لها مزية عندما تكون طاقة البنية التحتية المؤسسية محدودة . غير أنه بالنظر الى أن هذا النهج يعكس اتجاها حديث العهد لم يعتمد بعد في قوانين الاعسار في بلدان عديدة فان التقرير يتبع نموذج الاجراءات الثنائي الذي لا يزال سائدا .

٤٦ - وتبحث هذه المذكرة اجراءات التصفية الرسمية واجراءات اعادة التأهيل كلا على حدة ، وتحدد وتناقش الأحكام الأساسية لكل من العمليتين .

جيم - اجراءات التصفية

٤٧ - يحدد التقرير الخاص الذي أعده مصرف التنمية الآسيوي (ص ١١) النمط الشائع لعملية التصفية على النحو التالي :

- ١ - تقديم طلب الى محكمة أو هيئة مختصة أخرى ، اما من الكيان أو من الدائنين ؛
- ٢ - صدور أمر أو حكم بتصفية الكيان ؛
- ٣ - تعيين شخص مستقل للاضطلاع بالتصفية وادارتها ؛
- ٤ - انتهاء أنشطة الكيان الاعمالية ؛
- ٥ - انتهاء صلاحيات أعضاء مجلس الادارة وانتهاء خدمة العاملين ؛
- ٦ - بيع موجودات الكيان ؛
- ٧ - النظر في مطالبات الدائنين والبت فيها قضائيا ؛
- ٨ - توزيع الأموال المتوفرة على الدائنين (بموجب شكل من أشكال الأولوية) ؛
- ٩ - حل الكيان .

١ - شروط بدء التصفية

٤٨ - في حين تطبق قوانين الاعسار معايير متباينة لبدء التصفية فإن معظم تلك القوانين يستخدم معيار السيولة أو التدفق النقدي ويشترط حدوث توقف عام لدفعيات سداد الالتزامات عندما تصبح واجبة السداد . وكما يشير تقرير صندوق النقد الدولي (ص ١٨) فإن الهدف من الاعتماد على هذا المعيار ، بدلا من الاعتماد على معيار يشترط ضائقة مالية أكبر - مثل الاعسار - هو بدء الاجراءات في وقت مبكر في فترة الضائقة المالية للمدين بما يكفي لتفادي تسابق الدائنين على الاستيلاء على الموجودات ، بحيث يتسببون في تجزئة الكيان المدين بما يضر بجميع الدائنين . أما المشاكل المرتبطة بهذا النهج "الوقائي" ، مثل بدء اجراءات لتصفية منشأة متعثرة ولكنها على الرغم من ذلك صالحة للبقاء ماليا ، فيمكن تسويتها باتاحة امكانية أن يحول المدين التصفية الى اعادة تأهيل .

٤٩ - ومن حيث امكانية الوصول الى العملية ، يشدد تقرير مصرف التنمية الآسيوي (٢-٦ ، ص ١٥) على الحاجة الى أن يكون الوصول ميسورا وغير مكلف وسريعا . ويمكن أن يؤدي تقييد امكانية الوصول الى الحاق الضرر بالمدينين والدائنين على حد سواء ، في حين أن التأخير يمكن أن يكون ضارا من حيث تبديد الموجودات واضاعة امكانية اعادة التأهيل . وتنص قوانين الاعسار عموما على أن أيا من الدائن أو المدين يمكن أن يبدأ اجراءات التصفية . وفي حين أن شرط حدوث "توقف عام للدفعيات" يطبق في كثير من الأحيان في كلتا الحالتين فإن المحاكم قد تكون في الواقع أقل تشددا في طلب الأدلة على الاعسار في حالة الطلب المقدم من المدين ، لأن هذا الطلب يكون على العموم ملاذا أخيرا يلجأ اليه المدين لدى عجزه عن سداد ديونه (٨) . أما في حالة الدائنين ، ففي حين أنه قد يكون بوسع كل منهم اثبات أن المدين قد تخلف عن سداد مطالباته هو فقد لا يكون من السهل توفير أدلة على توقف عام للدفعيات . وكما يلاحظ تقرير بنك التنمية الآسيوي (٢-٦ ، ص ١٥) ، فإنه "على الرغم من أنه ينبغي أن يشترط حد أدنى من الاثبات فإنه توجد أيضا حاجة عملية الى أن يكون بوسع الدائن تقديم دليل ، في شكل بسيط نسبيا ، ينشئ افتراضا باعسار الهيئة الاعتبارية المدينة . " وتعالج قوانين الاعسار هذه المسألة بعدد من الطرائق ، منها اشتراط أن يكون الالتزام مقدما من أكثر من دائن واحد أو اشتراط أن يقدم المدين معلومات يتسنى بها للمحكمة أن تقرر وجود توقف عام للدفعيات . ويرى تقرير مصرف التنمية الآسيوي أن كل ما يلزم هو دليل واضح على تخلف الهيئة الاعتبارية المدينة عن سداد دين أصبح واجب السداد .

٥٠ - وثمة مسألة تتصل باجراءات الاعسار التي يبدوها المدين وهي امكانية فرض واجب على المدين بأن يبدأ الاجراءات في مرحلة معينة من مراحل الضائقة المالية . ومن الواضح أنه قد تكون هناك مزايا في انشاء التزام بالتصرف المبكر . وفي حالة اعادة التأهيل ، يزيد التصرف المبكر من فرص نجاح اعادة التأهيل ، وفي حالة التصفية يمكن حماية مصالح الدائنين بالحيولة دون تبديد المزيد من موجودات

المدين . غير أنه ، كما ورد في تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٢٠) ، يمكن أن يثبط هذا الحكم الإدارة عن السعي الى التوصل خارج نطاق المحكمة الى اتفاق على اعادة الهيكلة ، على أساس أن التأخير في بدء الاجراءات الرسمية ربما يؤدي الى مسؤولية شخصية . واختيار عدم التعويل على العقوبات لاجبار المدين على بدء الاجراءات قد يستوجب اعتماد حوافز لتشجيع المدينين على بدئها .

٥١ - وبشأن مسألة بدء الاجراءات ، يقترح تقرير مصرف التنمية الآسيوي (٢-٦ ، ص ١٥) مبدئياً ما يلي :

"في توفير امكانية الوصول الى العملية المنصوص عليها في النظام القانوني للاعسار ، ينبغي أن يتاح للهيئة الاعتبارية المدينة والدائنين ، على السواء اجراء سريع وميسور وغير مكلف ، ولكن مع ضمانات كافية لدرء اساءة استعمال العملية . وينبغي تقديم دليل على اعسار الهيئة الاعتبارية المدينة أو ضائقها المالية ."

٥٢ - ويخلص تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٢٠) الى ما يلي :

"اذا كان القانون يضع اجراءات منفصلة للتصفية ولاءة التأهيل ، فينبغي أن يسمح ببدء اجراءات التصفية استنادا الى التماس يقدمه اما الدائن أو المدين . وعندما يكون الدائن هو الذي يقدم الالتماس ، يستصوب أن يكون المعيار الأساسي لبدء الاجراءات هو اثبات أن المدين عجز عن القيام بالدفعيات عموماً . ويمكن استخدام معايير عديدة كوسيلة للبت فيما ان كان توقف الدفعيات عاماً حقيقة . وفيما يتعلق بالالتماس الذي يقدمه المدين ، يلزم القيام باختيار سياساتي هام بشأن ما ان كان ينبغي أن يفرض القانون على الإدارة عقوبات محددة على التخلف عن بدء الاجراءات لدى التوقف العام للدفعيات . واذا تقرر أنه لا ينبغي فرض هذه العقوبات فيستصوب أن ينص القانون ، بدلاً منها ، على حوافز كافية ، في اجراء اعادة التأهيل ، لتشجيع المدينين على استخدام تلك الاجراءات في مرحلة مبكرة بما يكفي . وفي الظروف التي تكون فيها طاقة القضاء محدودة ، قد يكون من المستصوب اشتراط أن تتخذ المحكمة ، في غضون مدة محددة بعد تقديم الالتماس ، قراراً بشأن بدء الاجراء ."

٢ - أثر بدء الاجراءات

٥٣ - تتعلق المسائل التي نبحثها تحت هذا العنوان بتحديد ماهية موجودات الحوزة ، وحماية تلك الموجودات من المدين ومن الدائنين على السواء .

(أ) موجودات الحوزة

٥٤ - عموماً تشمل موجودات الحوزة أملاك المدين في تاريخ بدء اجراءات الاعسار والموجودات التي يحتازها المصفي بعد ذلك التاريخ .

٥٥ - وعموماً تشمل موجودات الفئة الأولى الموجودات المالية والمعنوية التي يمتلكها المدين ، سواء أكانت في حيازة المدين في وقت بدء الاجراءات أم لم تكن . وتشمل الموجودات التي لا تدخل في الحوزة الموجودات التي يمتلكها طرف ثالث ولكنها توجد في حيازة المدين في وقت بدء الاجراءات ، كما تشمل في بعض الحالات الموجودات التي يستعملها المدين ولكنها خاضعة لاتفاق ايجار يحتفظ فيه المؤجر بالحق القانوني في الملكية . وكما يشير تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٢٢) ، قد يلزم توجيه عناية خاصة الى الفئة الأخيرة من الموجودات للتأكد من أن الايجار ليس ، في الحقيقة ، ترتيب اقراض مموه . وفي هذه الحالة يخضع المؤجر لنفس القيود التي يخضع لها المقرض المغطى بضمان .

٥٦ - وتشمل الممتلكات الداخلة في الفئة الثانية الموجودات التي يحصل عليها المصفي من خلال مواصلة تشغيل أعمال المدين قبل التصفية والموجودات التي يتم الحصول عليها بممارسة صلاحيات الإبطال .

(ب) حماية الحوزة

٥٧ - من الأهداف الرئيسية لعملية الاعسار المحافظة على قيمة الحوزة . وينطوي ذلك على حماية الحوزة من تصرفات المدين والدائنين على السواء ، في وقت ما بين تقديم الالتماس والموافقة عليه وبعد بدء الاجراءات .

٥٨ - وفيما يتعلق بالفترة الأولى ، قد يلزم اتخاذ تدبير لكفالة عدم قيام المدين بتحويل الموجودات الى خارج أعماله أو الهروب من الدائنين ، وكفالة عدم قيام الدائنين باتخاذ تدابير قانونية يكون تأثيرها استباق وقف الدعاوى ضد المدين ، الذي يفرض عند الموافقة على الالتماس . وقد تشمل التدابير الوقائية المؤقتة التي يمكن أن تتخذ ، اما من تلقاء المحكمة أو بناء على طلب من الدائن ، ضد تلك التصرفات تعيين مصف ابتدائي ، وحظر التصرف في الموجودات ، وتعليق انفاذ الحقوق الضمانية ضد المدين . وبما أن هذه التدابير الوقائية ذات طابع مؤقت فقد تشترط المحكمة اثبات أن التدبير ضروري قبل أن تصدر أمراً بإيداع سند ضمان ، وخصوصاً عندما يكون مقدم طلب اتخاذ التدابير المؤقتة هو دائن قدم التماساً باتخاذها .

٥٩ - وحالما تبدأ اجراءات التصفية ، يمكن أن تقتضي حماية الحوزة ابعاد المدين من السيطرة على المنشأة ، ونقل السيطرة الى مصف يتم تعيينه . ويمكن أن تكون هناك حالات ، مثل حالة بيع منشأة

المدين كمنشأة عاملة ، تبرر السماح للمدين بالاحتفاظ ببعض السيطرة على المنشأة ، على الرغم من أن المصفي لديه السيطرة الكاملة بحكم تعيينه وسيكون مسؤولاً عن أي تصرفات جائرة يقوم بها المدين في هذه الفترة . وعموما يلزم التشاور مع الدائنين قبل اتخاذ هذه الخطوة .

٦٠ - وقد تستدعي حماية الحوزة من الدائنين أثناء مدة الإجراءات فرض أمر ايقاف على قدرة الدائنين على انفاذ حقوقهم القانونية . وقد يلزم فرض ذلك الايقاف فورا بغية تعظيم المنافع التي تعود على الحوزة وكفالة امكانية تحقيق تحقيق ادارة عادلة ومنظمة . وفي أحكام وشروط الايقاف ، ستلزم الموازنة بين ما للمصفي من مصلحة في توافر وقت كاف لتعظيم قيمة الموجودات ، وبيع المنشأة كمنشأة عاملة اذا كان ذلك ملائماً ، من ناحية ، والمدى الذي ينبغي لقانون الاعسار أن يتعارض مع الممارسات والعمليات التجارية المقبولة ، وخصوصاً من حيث تعلقها بالدائنين الحاصلين على ضمانات . ويشير تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٢٤) الى أنه لا يوجد جدال كبير في ضرورة فرض أمر وقف على قدرة الدائنين غير الحاصلين على ضمانات على الحجز على الموجودات من أجل انفاذ مطالباتهم التعاقدية ، وفي منع جميع الدائنين من بدء اجراءات قانونية لاسترداد الديون التي نشأت قبل بدء الاجراءات . غير أن تطبيق هذه التدابير على الدائنين الحاصلين على ضمانات يثير عددا من المسائل (انظر الفقرات ٦٥-٦٩ أدناه) .

٦١ - ويقترح تقرير مصرف التنمية الآسيوي (٢-٧ ، ص ١٧) مبدئياً ما يلي :

"إذا قدمت الهيئة الاعتبارية المدينة طلب تصفية أو اذا تقرر أن الهيئة الاعتبارية المدينة لا تصلح الا للتصفية ، فينبغي انهاء صلاحيات الادارة الراهنة وتعيين مدير مستقل لتولي تلك الصلاحيات وتنفيذ التصفية . وثانياً ، ينبغي أن يكون ايقاف أو تعليق الدعاوى والاجراءات ضد أملاك الهيئة الاعتبارية المدينة مقتصرًا على الدائنين غير المغطيين بضمانات ."

٦٢ - ويخلص تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٢٤) الى ما يلي :

"لدى بدء اجراءات التصفية ، ينبغي تحويل جميع الموجودات التي للمدين حق ملكية فيها في تاريخ بدء الاجراءات الى مصف مستقل تعيينه المحكمة . وينبغي الزام المدين بكشف جميع الموجودات وجميع الصفقات المشكوك فيها .

"وأثناء الاجراءات ، ينبغي حماية جميع الموجودات التي يمارس المصفي سيطرة عليها وذلك بواسطة فرض "أمر ايقاف" على قدرة الدائنين غير المغطيين بضمانات على انفاذ تدابير انتصافية قانونية على موجودات الحوزة . وبالرغم من أن نطاق أمر الايقاف يمكن أن يتفاوت فيما بين البلدان فإنه ينبغي ، على الأقل ، أن يمنح الدائنين غير المغطيين بضمانات من القيام

بما يلي : '١' الحجز على الموجودات أو بيعها أو الاستيلاء عليها من أجل انفاذ مطالباتهم ، أو '٢' بدء اجراءات قانونية لاسترداد الديون التي نشأت قبل بدء اجراءات التصفية .

"[...] أمر الايقاف ينبغي أن ينطبق لمدة محدودة على الدائنين المغطيين بضمانات [...] .

"وبعد تقديم التماس لبدء الاجراءات ، يستصوب أن تخول للمحكمة سلطة فرض تدابير مؤقتة لحماية موجودات المدين ريثما تقرر المحكمة بدء الاجراءات . وينبغي أن يتضمن نطاق التدابير التي تتاح عادة تجريد المدين تجريدا كاملا أو جزئيا من السيطرة على الموجودات ، وتعيين مدير مؤقت ، وفرض أمر ايقاف على قدرة الدائنين على الحجز على الموجودات ."

٣ - الاجراءات

مسائل عامة

٦٣ - من الشروط الأساسية لاجراءات الاعسار الفعالة أن تجرى بطريقة ابانية وقابلة للتكهن وعادلة ، تشمل على اجراءات ملائمة لاستبانة موجودات الحوزة ، وتحديد الالتزامات الواقعة على الحوزة والتحقق منها ، وبيع الموجودات ، وتوزيع المتحصلات . وهذه المراحل المختلفة لعملية التصفية تثير عددا من المسائل .

(أ) التحقق من صحة المطالبات

٦٤ - يستوجب التحقق من صحة مطالبات الدائنين اجراء تقييم لمشروعية المطالبات ومبالغها ، وكذلك تحديد فئة المطالبة فيما يتعلق بالتوزيع . وعموما يقع عبء اثبات صحة المطالبة على عاتق الدائن ، وقد يكون من الملائم ، من أجل منع التأخير ، وضع مواعيد نهائية لاثبات صحة المطالبات . وإذا كان نظام الاعسار يتيح تقديم طعون ، سواء من جانب المصفي أو من جانب طرف آخر ذي مصلحة ، ضد مطالبات الدائن ، فيمكن أن يتضمن القانون نصا على آلية لتفادي المنازعات ، مثل قيام الدائنين باستعراض قائمة نهائية بالمطالبات ، أو مثل شكل من أشكال تسوية المنازعات .^(٩)

(ب) الموجودات المحملة والدائنون المغطون بضمانات

٦٥ - يجب في تطبيق أي تدبير ، مثلا أمر ايقاف ، ضد قدرة الدائنين عل انفاذ ضماناتهم ، مراعاة الموازنة بين الغرض الأساسي من اجراءات الاعسار ، من ناحية ، والغرض من الضمان الذي يحصل عليه

(٩) تقرير صندوق النقد الدولي (الحاشية ٤) ، ص ٣٧ .

الدائن وتوافر الائتمان المعقول التكلفة ، من الناحية الأخرى ، وكذلك مراعاة المبدأ الأساسي الذي مفاده أن الالتزامات التعاقدية ينبغي الوفاء بها . فلكي يحقق الضمان الهدف المتمثل في حماية حقوق الدائنين في حالة تخلف المدين عن السداد ، ينبغي عدم تأخير الدائن أو منعه من ممارسة الضمان الذي حصل عليه . وفي الوقت نفسه ، وكما يشير تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٢٥) ، أصبح من المسلم به بقدر متزايد أن إتاحة الحرية للدائنين المغطيين بضمانات لفصل الرهن الذي حصلوا عليه من الموجودات الأخرى للحوزة يمكن أن يحبط الهدف الأساسي لإجراءات الاعسار ، ولا سيما إعادة التأهيل ، ولكن أيضا التصفية . ويمكن أن يترتب على عدم الحد من تصرفات الدائنين المغطيين بضمانات تأثير سلبي على تعظيم قيمة الحوزة قبل التوزيع ، وخصوصا عندما يكون أحد الخيارات بيع المنشأة كمنشأة عاملة . وفي تلك الحالة يمكن أن يكون الانفاذ الفردي للضمانات مخالفا لمصالح مجموع الدائنين الحاصلين على ضمانات ، لأن قيمة المطالبات عند بيع المنشأة كمنشأة عاملة قد تكون أكبر من قيمة المطالبات عند تصفية المنشأة .

٦٦ - ويطرح تقرير مصرف التنمية الآسيوي (٢-٧ ج) ، (ص ١٧) سؤالا هو إلى أي مدى ينبغي لقانون الاعسار أن يتدخل في الممارسات والعمليات التجارية المقبولة وأن يتعارض معها . ويرى التقرير أنه من أجل كفالة إدارة عادلة ومنظمة سيلزم شكل من أشكال أمر الإيقاف ، ويؤيد التقرير استخدام إيقاف "تلقائي" يصبح ساري المفعول فور تقديم التماس الإيقاف . وعندما يكون هناك الهدف هو حقا إعادة تأهيل المدين ، ينبغي أن يكون نطاق الإيقاف واسعا جدا وشاملا ، على أساس أن إعادة التأهيل ستفشل ما لم تتم المحافظة على الموجودات الجوهرية والأجزاء الأساسية التي تتألف منها الهيئة الاعتبارية المدينة وأعمالها . ولكن بما أن هذه الحجة نفسها لا تنطبق في حالة التصفية فينبغي أن لا ينطبق الإيقاف إلا على الدائنين غير المغطيين بضمانات .

٦٧ - ويرى تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٢٥) أن من الضروري أن يكون كل إيقاف لقدرة الدائنين المغطيين بضمانات على انفاذ حقوقهم مصحوبا بتدابير تحمي مصالح هؤلاء الدائنين أثناء عملية التصفية . ويتمثل أحد النهج في تطبيق الإيقاف تلقائيا ، ولكن لمدة محدودة ، بغية تمكين المصفي من البدء في مهمة تحديد الحوزة وتقييمها ، على أن يكون أي تمديد خاضعا لبرهان من المصفي على ضرورة التمديد . وثمة تدبير آخر يرمي إلى حماية مصالح الدائنين المغطيين بضمانات ويتعلق بحفظ أو صيانة القيمة الاقتصادية للمطالبات المغطاة بضمانات في فترة الإيقاف .

٦٨ - ويبين تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٢٧) طريقتين لحماية قيمة المطالبة المغطاة بضمانات . فالنهج الأول هو حماية قيمة الضمان نفسه ، وذلك بتوفير تعويض عن الاستهلاك ، ويمكن أن يكون ذلك بواسطة ضمان بديل أو بدفع مبالغ نقدية دورية تناظر مبلغ الاستهلاك ؛ أو بدفع فائدة أثناء فترة الإيقاف ، بقدر ما يكون الدائن مغطى بضمان مفرط (أي عندما تتجاوز قيمة الضمان قيمة الدين المغطى بالضمان) ؛ أو بتزويد الدائن بضمان مكافئ بديل ؛ أو بدفع كامل مبلغ المطالبة المغطاة بضمان عندما يرغب المصفي في بيع الموجودات المحملة . ويتمثل النهج الثاني في الحفاظ على قيمة الجزء المغطى

بضمان من المطالبة ، وذلك بتقييم الأصل عند بدء الاجراءات واستخدام ذلك التقييم لتحديد قيمة الجزء المغطى بالضمان من مطالبة الدائن . وتكون هذه القيمة ثابتة ، ثم عند التوزيع بعد التصفية يعطي الدائن المغطى بالضمان أولوية بقدر تلك القيمة . وأثناء الاجراءات ، يحصل الدائن أيضا على سعر الفائدة التعاقدية على الجزء من المطالبة المغطى بضمان ، وذلك تعويضا عن التأخير في تحصيل قيمة الأصل .

٦٩ - ويخلص تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٢٧ و ٢٨) الى ما يلي :

"كمبدأ عام ، ينبغي أن يحقق قانون الاعسار توازنا بين منع الدائنين المغطيين بضمانات من تفويض الهدف المتمثل في تعظيم قيمة موجودات الحوزة ، من ناحية ، وحماية مصالح الدائنين بحيث لا تنقص قيمة الضمان الذي حصلوا عليه فيقل بالتالي توافر الائتمان ، من الناحية الأخرى . وكوسيلة لتنفيذ هذا المبدأ ، ينبغي عادة أن ينص قانون الاعسار على ما يلي :

"(أ) لفترة قصيرة - ومحددة - بعد بدء الاجراءات (٣٠ يوما أو ٦٠ يوما مثلا) ، ينبغي أن يكون الايقاف العام لانفاذ مطالبات الدائنين منطبقا أيضا على الدائنين المغطيين بضمانات ، وبذلك يحال بينهم وبين انفاذ حقوقهم التعاقدية على الضمان أثناء مدة الاجراءات ، رهنا بالقيود المبينة أدناه . ولا ينبغي عادة أن تمتد المحكمة أمر الايقاف بعد هذه المدة الا عندما يبرهن المصفي على أن ذلك التمديد يتيح وسيلة لازمة لتعظيم قيمة موجودات الحوزة ، لصالح الدائنين عامة (مثلا بسبب امكانية بيع المنشأة أو وحدات من المنشأة كمنشأة عاملة) . وقد يكون من المستصوب أن يفرض القانون حدا أقصى لمدة التمديد .

"(ب) يمكن أن يكون من الملائم وضع استثناءات لهذا الايقاف فيما يتعلق بالموجودات التي تكون عموما ليست ضرورية لبيع المنشأة كمنشأة عاملة (مثلا الضمان النقدي) .

"(ج) أثناء مدة الايقاف ، ينبغي أن تكون هناك آلية تكفل حماية مصالح الدائن المغطى بضمان حماية كافية . واذا كانت هذه الحماية موفرة بالحفاظ على قيمة الضمان الذي حصل عليه الدائن ، ينبغي أن تشمل هذه التدابير ، مثلا ، التعويض عن استهلاك الضمان ، وتوفير ضمان بديل اذا استخدم المصفي الضمان أو باعه . ويجوز للبلدان ، بدلا من ذلك ، أن تحمي مصالح الدائن المغطى بضمان بتحديد قيمة الضمان عند بدء الاجراءات واعطاء الدائن المغطى بضمان حق المطالبة على سبيل الأولوية الأولى استنادا الى تلك القيمة ، زائدا حق المطالبة على سبيل الأولوية بدفعيات منتظمة لسعر الفائدة التعاقدية الخاص بالتخلف عن الأداء .

"واذا كان المصفي غير قادرة على تزويد الدائن المغطى بضمان بحماية من النوع المبين أعلاه فينبغي الغاء أمر الايقاف الصادر على الدائن المغطى بضمان ."

(ج) صلاحيات الإبطال

٧٠ - بما أن إجراءات الإعسار يمكن أن تبدأ بعد فترات طويلة من إدراك المدين ، لأول مرة ، أنه لا يمكن تفادي الوصول الى تلك النتيجة ، فقد تكون هناك فرص كبيرة ، كما يشير تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٢٨) ، لمحاولة اخفاء الموجودات عن الدائنين ، أو تكبد التزامات مفتعلة ، أو دفع هبات الى الأقارب والأصدقاء . ونتيجة تلك التصرفات ، من حيث إجراءات الإعسار التي تحدث في النهاية ، هي الاخلال بمصالح عامة الدائنين غير المغطيين بضمانات ، الذين لم يشاركوا في تلك التصرفات ولا يتمتعون بالحماية التي يوفرها الضمان ، والاخلال بالهدف المتمثل في المعاملة العادلة لجميع الدائنين . والغرض من صلاحيات الإبطال هو ، لذلك ، إعادة المساواة بين الدائنين وفسخ المعاملات الجائرة أو التصرفات القانونية التي يقوم بها طرف واحد والتي يمكن أن تلحق الضرر بالحوزة المقبلة ودائنيها .⁽¹⁰⁾

٧١ - ومسألة صلاحيات الإبطال هي مسألة تقتضي تحقيق توازن بين ما للصلاحيات الكبيرة من فائدة في تعظيم قيمة الحوزة لصالح جميع الدائنين ، من ناحية ، وإمكانية الاخلال بالقابلية للتكهن فيما يتعلق بالعقود ، من الناحية الأخرى . ويقول تقرير مصرف التنمية الآسيوي (٢-١٣ ، ص ٢٢) : "ان المناقشة حول صلاحيات الإبطال لا تركز كثيرا على السياسات التي تستند اليها الأحكام بل على مدى فعالية تلك الأحكام في الممارسة وعلى القواعد ، الاعتبارية الى حد ما ، اللازمة لتحديد مسائل مثل الفترات الزمنية وطبيعة المعاملات نفسها . وهناك بعض الصحة في الانتقاد القائل ان التطبيق والانفاذ الفعليين لهذه الأحكام غير فعال في كثير من الأحيان ."

٧٢ - وبرغم الانتقادات التي يمكن أن توجه ، يبدو أن هناك اتفاقا عاما على أهمية صلاحيات الإبطال ليس فقط لأن لها أثرا في تعظيم قيمة الحوزة لصالح الدائنين بل أيضا لأنها تساهم في ترسيخ سلوك تجاري عادل وأنها جزء من المعايير الملائمة الخاصة بإدارة الهيئات الاعتبارية .⁽¹¹⁾

٧٣ - ومن المسائل التي ينبغي النظر فيها ما إن كان ينبغي أن يكون الإبطال ممكنا في حالتي التصفية وإعادة التأهيل كليهما ؛ وماهية التصرفات التي ينبغي أن تكون قابلة للإبطال ، وماهية المعايير التي ينبغي استخدامها ، بما في ذلك ما إن كان ينبغي - أو لا ينبغي - أن تكون معاملات معينة باطلة تلقائيا أو قابلة للإبطال .

⁽¹⁰⁾ See, for example, Dr Manfred Balz and Henry M. Schiffman, "Insolvency Law Reform for Economies International in Transition - A Comparative Law Perspective" Part 2, ("Balz and Schiffmann Pt 2"), *Butterworths Journal of Banking and Financial Law*, Vol 11, No. 2 (February 1996), p.66.

⁽¹¹⁾ تقرير مصرف التنمية الآسيوي (الحاشية ٥) ، ٢-١٣ ، ص ٢٢ .

٧٤ - وفي بعض الولايات القضائية لا تنطبق قواعد الإبطال إلا على التصفية ، وليس على إعادة التأهيل . ويرى بعض المعلقين أن هذا يمنع تحقيق كامل امكانيات إعادة التأهيل ويشوه الاختيار بين التصفية وإعادة التأهيل .⁽¹²⁾

٧٥ - ويمكن أن تجمع قواعد الإبطال بين عناصر موضوعية وعناصر ذاتية . وتركز المعايير الموضوعية على الوقت الذي حدثت فيه المعاملة بالنسبة إلى بدء إجراءات الإعسار وعلى أنواع المعاملات قيد النظر . وتستند المعايير الذاتية إلى النية أو المعرفة المتعلقة ، على وجه التحديد ، بالحالات المعينة . وفي حين أن القواعد الموضوعية قد تكون سهلة التطبيق فإنها يمكن أيضا أن تؤدي إلى اتخاذ قرارات اعتباطية وذلك مثلا في الحالات التي قد يحدث فيها إبطال معاملة مشروعة داخل في فترة محددة بينما قد تحدث حماية معاملة احتيالية حدثت خارج الفترة المحددة . ومن الناحية الأخرى فإن المعايير الذاتية يمكن أن تثير المنازعات ، ولا ينبغي استخدامها إلا عندما تكون ضرورية حقا . ويلزم التوصل إلى توازن بين هذين النهجين .

٧٦ - ويشير تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٢٩) إلى أنه ينبغي أن تطبق على الصفقات والتحويلات التي تجري مع المطلعين على أسرار المنشأة قواعد أشد من القواعد التي تطبق على الأطراف السوقية غير ذات الصلة بالمدين ، على أساس أن احتمال محاباة المطلعين على أسرار المنشأة أكبر من احتمال محاباة غيرهم ، كما أنهم عادة ما يكونون أول من يعرف المصاعب المالية للمدين . ومن فئات المطلعين على أسرار المنشأة من لهم علاقة عمل أو علاقة أسرية وثيقة ، سابقة أو حالية ، مع المدين .

٧٧ - ويحدد تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٢٩-٣٠) أربع فئات من فئات المعاملات هي التي من المعتاد بأكبر قدر أن تتناولها أحكام الإبطال ، وهي التالية : أولا ، المعاملات والتحويلات التي تجري عندما يكون هناك دليل على نية المدين الفعلية أن يحتال على الدائنين بجعل الموجودات خارج متناولهم ويكون الطرف المقابل على علم بتلك النية . وتشكل تلك المعاملات احتيالا فعليا ، بسبب وجود نية الاحتيال من جانب الطرفين كليهما . والعديد من قوانين الإعسار لا يضع حدا للمدة التي يمكن أثناءها إبطال تلك المعاملات والتحويلات . وثانيا ، المعاملات والتحويلات التي تجري مع طرف ثالث دون عوض كاف . ويمكن افتراض نية الاحتيال حيثما تكون الصفقة غير متوازنة ولا يبدو أنها تمت دون تواطؤ . ويحدد بعض القوانين مدة أثر رجعي قصوى تحسب من تاريخ بدء الإجراءات ، بينما تشترط قوانين أخرى أيضا ثبوت الإفلاس أو الإفلاس الوشيك في الوقت الذي حدثت فيه الصفقة أو التحويل . وثالثا ، المعاملات "التطوعية" للدائنين والتحويلات "التطوعية" لهم . وتتعلق هذه الفئة بمشكلة المعاملة التفضيلية ، حيث قد تعطي منفعة لدائن فرد لا يستحق تلك المنفعة . ويمكن أن يشمل ذلك ، مثلا ، السداد المعجل للدائن أو إعطاء ضمان لدائن كان سابقا غير مغطى بضمان . وهنا أيضا يحدد بعض القوانين مدة أثر رجعي قصوى تحسب من تاريخ بدء الإجراءات ، بينما تشترط قوانين أخرى أيضا ثبوت

الافلاس أو الافلاس الوشيك في الوقت الذي حدثت فيه الصفقة أو التحويل . وأخيرا ، المعاملات العادية مع الدائنين والتحويلات العادية لهم . وتشمل هذه الفئة المعاملات التي تكون عادية من جميع الوجوه باستثناء أنها حدثت خلال مدة محدودة للغاية قبل بدء اجراءات الاعسار ، ما يوحي بأنه ربما يكون هناك بعض المعاملة التفضيلية . وتحدد هذه المدة عادة بما بين ٣٠ يوما و ٩٠ يوما ، ويشترط بعض القوانين أيضا أن يكون الدائن على علم ، أو كان ينبغي أن يعلم ، باعسار المدين . وتجري بعض الاستثناءات اذا كانت المعاملات جزءا من المسار العادي للأعمال ، مثل سداد قيمة البضائع التي تسلم وتسدد قيمتها بانتظام .

٧٨ - وفي حين أن قانون الاعسار قد يبطل تلقائيا معاملات وتحويلات معينة ، يمكن في حالات أخرى ألا يكون الابطال ممكنا الا بناء على السلطة التقديرية للمصفي . وفي تلك الحالات ، ينبغي أن تكون السلطة التقديرية خاضعة للالتزام بتعظيم قيمة الحوزة ، مع مراعاة تكاليف استرداد التحويلات وما ينجم عن استردادها من تأخير .

٧٩ - ويقترح تقرير مصرف التنمية الاسيوي (٢-١٣ ، ص ٢٢) مبدئيا أن يحتوي نظام الاعسار على أحكام كافية بشأن ابطال الصفقات التي يترتب عليها اضرار بالدائنين أو التي تتضارب مع مبدأ المعاملة المتساوية للدائنين الذين من نفس الفئة .

٨٠ - ويخلص تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٣١) الى ما يلي :

"ينبغي أن يضع اجراء التصفية آلية تمكن المصفي من استعادة الموجودات التي قام المدين بتحويلها قبل بدء الاجراءات ، اذا كانت تلك التحويلات تلحق الضرر بالدائنين عامة . وينبغي أن يحدد الحكم الخاص بالابطال نوع المعاملات والتحويلات الذي ينبغي أن يكون مشمولا والحد الأقصى لـ "المدة المشبوهة" السابقة لبدء الاجراءات والتي تكون فيها تلك المعاملات والتحويلات قابلة للابطال . وينبغي أن تنطبق عادة قواعد أشد على الصفقات والتحويلات مع المطلعين على أسرار المنشأة . ويستصوب شمول الأنواع التالية من المعاملات على الأقل :

(أ) الصفقات والتحويلات التي تجرى حيثما يوجد دليل على نية المدين الفعلية أن يحتال على الدائنين بابعاد الموجودات عن متناولهم ويكون الطرف المقابل على علم بتلك النية . ولا يلزم أن ينص في قانون الاعسار على مدة قصوى .

(ب) الصفقات والتحويلات دون عوض كاف ، بما في ذلك الهدايا ، التي حدثت عندما كان المدين معسرا أو على وشك الاعسار ، مع النص على مدة قصوى .

(ج) الصفقات "التطوعية" مع الدائنين والتحويلات "التطوعية" لهم ، وذلك مثلا اذا قدم المدين دفعيات مبكرة سدادا لدين أو أعطى حقا ضمانيا بشأن دين قائم . وقد يلزم اثبات الاعسار الفعلي أو الوشيك ، مع النص على مدة قصوى .

"وعلاوة على ذلك فقد يستصوب - ولكن لا يلزم - منح المصفي صلاحية ابطال الصفقات مع الدائنين والتحويلات لهم التي لا تكون معيبة بأي وجه من الوجوه ولكن تحدث خلال مدة قصيرة للغاية (لا تزيد على ٩٠ يوما ما لم يكن الدائن من المطلعين على أسرار المنشأة) ويكون هناك دليل على أن الدائن كان على علم بالاعسار أو كان ينبغي أن يعلم به . غير أنه ربما تكون هناك حاجة الى استثناءات للصفقات والمعاملات التي تجرى في المسار العادي للأعمال".

(د) معاملة العقود

٨١ - من الشائع في العديد من قوانين الاعسار أن المصفي يمكن أن يتدخل في العقود التي لم تنجز بعد بالكامل من جانب الطرفين كليهما ، فيختار رفض هذه العقود أو مواصلتها (وربما احوالها لاحقا) . والمبرر الذي يستند اليه في ذلك ، مثلما في حالة قواعد الابطال ، هو تعظيم قيمة الحوزة . ويجب أن يوازن بين ذلك الهدف والحقوق المتنافسة ، والشواغل الاجتماعية التي يثيرها بعض أنواع العقود ، مثل عقود العمل ، والأثر الواقع على قابلية العلاقات التجارية والمالية للتكهن من جراء قدرة المصفي على التدخل في شروط العقود غير المنجزة .

٨٢ - ويمكن اتخاذ عدة نهج بشأن انتهاء أو مواصلة الأنواع المختلفة من العقود . فبعض العقود يمكن إنهاؤه بناء على السلطة التقديرية للمصفي ، بينما يمكن إنهاء عقود أخرى تلقائيا عند بدء الاجراءات ، دون أن يكون للمصفي حق مواصلتها ⁽¹³⁾ . وقد تواصل العقود بناء على حرية تصرف المصفي ، باتفاق مع الطرف المقابل أو دون اتفاق معه ، رهنا باستثناءات معينة . وسواء اختار المصفي مواصلة العقد أو إنهائه ، ينبغي أن يشترط قانون الاعسار أنه ، من أجل توفير اليقين للطرف المقابل ، يجب تقديم اشعار في غضون مدة محددة من الزمن بعد بدء الاجراءات .

٨٣ - ومبرر رفض العقود التي لم تنجز بالكامل هو أساسا "اعفاء الحوزة من العقود التي هي عادلة في حد ذاتها ولكن تشكل عبئا على الحوزة ، والتي ربما أبرمها المدين في الفترة الحرجة السابقة للاعسار أو لم تعد مجدية للمنشأة المفلسة ، وانفاذ المساواة بين الدائنين على الطرف الذي أنجز

التزاماته انجازا جزئيا فقط وأعطى المدين ائتمانا نظير الالتزام المقابل الواقع على عاتق المدين .⁽¹⁴⁾ وإذا أنهى العقد ، يعفى الطرف المقابل من أداء بقية العقد ويصبح دائما غير مغطى بضمان فيما يتعلق بمبلغ التعويض عن الضرر الناجم عن الانهاء .

٨٤ - ولدى النظر في مسألة مواصلة العقد ، ثمة مسألة أولى هي ما ان كان العقد قيد النظر يعطي حق الانهاء بسبب التخلف عن الأداء اذا بدأت اجراءات الاعسار . فاذا كان العقد يشتمل على ذلك الشرط فان العقد ينهى في عامة الأحوال الا اذا التمس المصفي مواصلة العقد ووافق الطرف المقابل على ذلك أو اذا اختار المصفي مواصلة العقد برغم اعتراض الطرف المقابل . وهناك حالات تكون فيها مواصلة العقد أجدى من انهائه . ويمكن أن يضرب مثال لذلك بايجار العقار الذي توجد فيه منشأة المدين ، اذا كان بالامكان بيع المنشأة كمنشأة عاملة . ويمكن أن تكون مواصلة العقد مجدية أيضا للطرف المقابل لأن السداد بموجب العقد قد يعطى الأولوية لسداد قيمة الخدمات التي تقدم بعد بدء الاجراءات . وفي حالة مواصلة العقد ، يشير تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٣٢) الى أنه يمكن حماية مصالح الطرف المقابل بالنص على أن تكاليف الأداء وأي تعويض عن الضرر ناشئ عن اخلال بالعقد من جانب المصفي تعامل باعتبارها نفقات ادارية أو نفقات ذات أولوية . وبما أن ذلك سينطوي على مخاطرة للدائنين الآخرين فان المصفي لن يسعى عادة الى مواصلة عقود سوى العقود التي ستكون مفيدة للحوزة .

٨٥ - ويحدد تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٣٤) فئتين عامتين من الاستثناءات لصلاحيات مواصلة العقود . فالاستثناء الأول هو اذا كانت للمصفي صلاحية ابطال أحكام الانهاء وكان بالوسع منح استثناءات محددة لأنواع معينة من العقود . ومن تلك العقود العقود المالية القصيرة الأجل ، مثل اتفاقات المقايضة المالية والصفقات الآجلة . والاستثناء الثاني هو اذا كان العقد ، بصرف النظر عما ان كان القانون يسمح بابطال حكم الانهاء ، لا يمكن مواصلته لأنه ينص على أداء المدين أو على خدمات شخصية .

٨٦ - والعقود التي تواصل يمكن لاحقا احوالها مقابل قيمة . وفي بعض قوانين الاعسار تشترط موافقة الطرف المقابل أو جميع الأطراف ، في حين أنه في قوانين اعسار أخرى تؤدي اجراءات الاعسار الى جعل شروط عدم الاحالة باطلة ولاغية وتكون للمصفي حرية احواله العقد لصالح الحوزة . وكما يلاحظ تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٣٣) :

"في حين أن قدرة المصفي على اختيار مواصلة العقود واحالتها اخلالا بشروط العقد يمكن أن تكون لها فوائد كبيرة للحوزة ، وبالتالي للمستفيدين من متحصلات التوزيع بعد التصفية ، فان من الواضح أن هذه القدرة تقوض الحقوق التعاقدية للطرف المقابل في العقد . فضلا عن ذلك فان الاحالة تثير مسائل الحاق الضرر بالطرف غير المدين في الاتفاق

المحال ، ولا سيما اذا لم يكن لذلك الطرف سوى القليل من السلطة ، أو لم تكن له أي سلطة ، في اختيار المحال اليه ."

٨٧ - وكما هو مبين أعلاه فان بعض أنواع العقود يثير شواغل اجتماعية قد تتطلب معاملة خاصة في اطار قانون الاعسار . وثمة نوع معين هو عقود العمل ، حيث يمكن أن تكون قدرة المصفي على انتهاء العقود محدودة بالخشية من أن التصفية قد تستخدم كوسيلة لغرض محدد هو القضاء على التدابير الوقائية التي تتيحها تلك العقود للعاملين . ويمكن أن يكون ذلك هو الحال اذا كانت المنشأة ستباع كمنشأة عاملة وكان من شأن القضاء على عقود العمل الثقيلة العبء أن يكون مفيدا لسعر البيع . وثمة نوع ممكن آخر هو اتفاق الايجار اذا كان المدين هو المستأجر .

٨٨ - ويخلص تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٣٤) الى ما يلي :

"ينبغي أن تعطي اجراءات التصفية المصفي صلاحية انتهاء أو مواصلة العقود التي لم تنجز انجازا كاملا من الطرفين كليهما . وفي تحديد نطاق هذه الصلاحية ، يلزم البت في خيارات سياساتية هامة : ففي حين أن الصلاحيات الأوسع للانتهاء والمواصلة تساعد على تعظيم قيمة موجودات الحوزة فانها أيضا تسبب تدخلا أكبر في العلاقات التعاقدية . وعلاوة على ذلك ، قد يلزم الحد من هذه الصلاحيات فيما يتعلق بأنواع معينة من العقود .

"(أ) الانهاء - ينبغي أن تكون للمصفي صلاحية انتهاء العقود غير المنجزة . وعند الانهاء ، يصبح الطرف المقابل دائنا غير مغطى بضمان وصاحب مطالبة تساوي مبلغ التعويض عن الضرر الناجم عن الانهاء . ومن المسلم به أن البلدان قد تختار أن تحد من هذه الصلاحية فيما يتعلق بعقود خاصة ، مثل عقود العمل أو اتفاقات الايجار (اذا كان المدين هو المؤجر) ، وستكون لذلك التحديد أهمية في اجراءات التصفية اذا كانت هناك نية لبيع المنشأة (أو وحدة أعمال من وحدات المنشأة) كمنشأة عاملة .

"(ب) المواصلة والاحالة - ينبغي أن تكون للمصفي عادة صلاحية اختيار مواصلة أداء العقد (بما في ذلك احالة الأداء) في الظروف التي لا تمنع فيها شروط العقد تلك المواصلة . واذا اتخذ ذلك القرار فينبغي أن تمنح للطرف المقابل أولوية (بصفة نفقات ادارية) في سداد قيمة أي أداء يتم بعد بدء اجراءات التصفية . واذا اختار البلد السماح للمصفي بمواصلة العقد أو احالته اخلالا بشروط العقد فينبغي أن يشترط البلد أن يبرهن المصفي على أن المصفي أو المحال اليه يستطيع أداء العقد أداء كافيا . وسيلزم عادة وضع استثناءات لصلاحيات المواصلة فيما يتعلق بعقود خاصة ، مثل عقود الخدمات المالية أو الشخصية ."

(هـ) المعاوضة

٨٩ - في سياق اجراءات الاعسار ، يؤدي الاعتراف بحق المعاوضة الى السماح للدائن الذي هو أيضا مدين للحوزة بأن يمارس ذلك الحق بعد بدء الاجراءات . ويمكن أن يكون تأثير ذلك ، رهنا بمبلغ مطالبة الدائن ومبلغ مطالبة الحوزة على الدائن ، هو السداد الكامل للدائن . وفي حين قد يبدو أن هذا يعطي ميزة للدائن الذي هو أيضا مدين للحوزة ، وبذلك يطرح مسألة ممكنة حول نوعية معاملة الدائنين ، فإنه يمكن أن يقال أيضا انه ليس من العدالة رفض السداد للدائن مع الاصرار على السداد من ذلك الدائن . ويلاحظ تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٣٥) ، علاوة على ذلك ، أنه بما أن العديد من الأطراف المقابلة هي مصارف فإن حق المعاوضة مفيد بوجه خاص للنظام المصرفي ولذلك يمكن أن يكون ذا فائدة عامة للاقتصاد . فالمصارف التي أقرضت كيانا توجد اجراءات اعسار بدأت ضده يمكن أن تكون لديها أيضا ودائع للمدين . ومن شأن حق المعاوضة بعد بدء الاجراءات أن يتيح للمصرف أن يعاوض مطالباته غير المسددة بتلك الودائع ، حتى اذا كانت تلك المطالبات ليست مستحقة وواجبة السداد بعد .

٩٠ - ويشير تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٣٥) أيضا الى التفاعل بين حق المعاوضة وأحكام قانون الاعسار الأخرى ، فقد يكون ذلك الحق ، مثلا ، خاضعا لأحكام الابطال من حيث أن المطالبة التي في حياة المدين قد تلقاها الدائن في الفترة المشبوهة . وقد يكون حق المعاوضة محدودا أيضا بحق المصفي في ابطال شروط الانهاء الواردة في العقد ، ما لم يكن حق الابطال مقصورا صراحة على السماح للدائن بانهاء العقد ومعاوضة المطالبات النقدية المتبادلة .

٩١ - ويخلص تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٣٦) الى ما يلي :

"ان حق المعاوضة قبل بدء الاجراءات الذي يوجد بموجب القانون العام ينبغي حمايته أثناء اجراءات التصفية ، وينبغي عموما أن يكون قابلا للممارسة من جانب الدائنين ومن جانب الحوزة . فضلا عن ذلك ، ينبغي أن يسمح القانون أيضا بالمعاوضة بعد بدء الاجراءات اذا نشأت مطالبات متبادلة بموجب نفس الصفقة . وعلاوة على ذلك ، قد ترغب البلدان أيضا في النظر في السماح بممارسة حقوق المعاوضة التي تنشأ بموجب القانون العام بعد بدء اجراءات الاعسار ، وخصوصا فيما يتعلق بالالتزامات المالية المتبادلة ."

(و) التصرف في الموجودات

٩٢ - ينبغي أن تهدف طريقة البيع التي يستخدمها المصفي الى تعظيم قيمة الحوزة ، وأن تتبع اجراءات عادلة وشفافة . وقد يستوجب ذلك ، مثلا ، اذا جرى البيع بطريقة خصوصية ، أن يكون بالوسع أن تشرف عليه المحكمة عند الاقتضاء ، أو التماس موافقة الدائنين بغية تفادي التواطؤ .

٩٣ - ويخلص تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٣٨) الى ما يلي :

"ينبغي أن يكون اجراء تصفية الموجودات ابلانيا وكفؤا ، وينبغي أن يهيىء بيعا يؤدي الى تعظيم قيمة الموجودات الجاري تصفيتها . ولتحقيق تلك الغاية ، ينبغي أن يسمح القانون عادة بالمزادات العلنية وبالبيع الخاصة على السواء ، على أن يشترط ، في الحالة الأخيرة ، أن يكون البيع باشراف محكمة أو أن يوافق عليه الدائنون أو الشرطان معا . وينبغي اعطاء الدائنين اشعارا كافيا بأي بيع ."

(ز) الأولويات

٩٤ - ان انشاء نظام أولويات لتوزيع متحصلات الحوزة هام ليس فقط لتيسير تقديم الائتمان ، ولا سيما الائتمان المغطى بضمانات ، بل أيضا لكفالة سير الاجراءات بطريقة منظمة وفعالة . ويشمل ذلك تهيئة ما يلزم لدفع مكافآت المصفين وكفالة أن يتسنى تحقيق أهداف عملية التصفية . وتبعاً لذلك ، قد يلزم أن تشمل قوانين الاعسار على قواعد تنص على التوزيع على الدائنين بناء على تحديد فئات مطالباتهم (ما ان كانت مغطاة بضمانات أو غير مغطاة بضمانات أو ادارية أو غير ذلك) وليس ذلك فقط بل تتناول أيضا دفع مكافآت المصفين والنفقات الادارية الأخرى .

٩٥ - وبموجب هذا النظام ، يكون للدائنين المغطيين بضمانات حق ادعائي على سبيل الأولوية في متحصلات بيع الضمان بقدر قيمة المطالبة المغطاة بالضمان أو في العائدات العامة المتعلقة بقيمة الضمان ، رهنا بالطريقة التي استخدمت لحماية الدائن المغطى بضمان (انظر الفقرة ٦٨ أعلاه) . وإذا كانت المطالبة المغطاة بالضمان أكبر من قيمة الضمان أو قيمة المطالبة المغطاة بالضمان عند بدء الاجراءات ، فان الجزء غير المغطى بضمان من المطالبة سيعامل ، لأغراض التوزيع ، كمطالبة غير مغطاة بضمان .

٩٦ - والأولوية الأولى في التوزيع بين الدائنين غير المغطيين بضمانات تكون عموماً للنفقات الادارية التي تغطي تكاليف المحكمة ورسوم المصفي ، والدفعيات التي تعهد بها المصفي أو واصلها ، والتكاليف المتعلقة بتحصيل وإدارة وتقييم وتوزيع موجودات الحوزة . ومبرر هذه الأولوية هو ، من ناحية ، اجتذاب المهنيين المؤهلين للقيام بأعمال التصفية وكفالة سير اجراءات الاعسار بطريقة منظمة وفعالة . وإذا كانت التصفية تمس دائنين مغطيين بضمانات فان قوانين الاعسار عموماً تنص على أن تكون للمطالبات المغطاة بضمانات أولوية على المطالبات الادارية . غير أن بعض القوانين ينص على أن النفقات المرتبطة بالحفاظ على الضمان وبيعه تخصم من قيمة الضمان وقيمة المطالبات المغطاة بالضمان وذلك قبل السداد للدائنين المغطيين بضمانات ، في حين يرى في نهج آخر أنه قد يكون من المعقول خصم تلك النفقات من النفقات الادارية للحوزة . وفي بعض البلدان تدخل في رتبة النفقات الادارية نفقات أخرى هي استحقاقات التعويض الخاصة بالعاملين التي تنشأ قبل بدء الاجراءات .

٩٧ - وتتفاوت نظم الاعسار تفاوتاً كبيراً من حيث الطريقة التي تعالج بها توزيع الموارد المتبقية بعد الوفاء بالمطالبات المغطاة بضمانات والمطالبات الادارية . فبعض القوانين يحدد أنواعاً متباينة من الامتيازات تكفل تقدماً في الأولوية لأصناف معينة من الدائنين غير المغطيين بضمانات . ويمكن أن يكون هناك عدد من الأسباب الاجتماعية والسياسية التي تبرر وجود الامتيازات ، مثل الحاجة الى حماية فئة من فئات أصحاب المطالبات أقل قوة من الناحية الاقتصادية ، أو أن فئة معينة من فئات أصحاب المطالبات ، مثل أصحاب مطالبات التعويض عن الضرر ، لم يقدموا الائتمان طوعية بشروط السوق بل أجبرهم المدين أو القانون على "تقديم الائتمان" . ويشير تقديم مصرف التنمية الآسيوي (٢-١٢) ، ص ٢١ الى أن العديد من نظم الاعسار ينص على أن ديونا مثل ديون الضرائب والديون المستحقة للعاملين تدفع بالكامل ، قبل الدفع للدائنين الآخرين . غير أن الامتيازات يمكن بالفعل أن تخفض الكفاءة والفعالية العامتين للعملية وتضع بالفعل استثناء من الهدف المتمثل في المساواة بين الدائنين . ويقال ان الامتيازات مسؤولة في بعض الحالات عن عدم الاهتمام الواسع النطاق بالاجراءات من جانب الدائنين العاديين ومن جانب المصارف . ولهذه الأسباب ، يلاحظ تقرير مصرف التنمية الآسيوي أن النهج العصري هو محاولة الحد بقدر الامكان من المطالبات ذات الأولوية .

٩٨ - وبعد دفع مطالبات الفئات ذات الأولوية من الدائنين ، يوزع باقي الحوزة بالتناسب على الدائنين غير المغطيين بضمانات . وسيلزم أن تراعى في هذا التوزيع المطالبات الأقل رتبة . وتعامل بعض الولايات القضائية مطالبات مثل الغرامات والعقوبات ، والهبات ، وائتمانات أصحاب الأسهم ، والفائدة اللاحقة لتقديم الالتماس على المطالبات العامة غير المغطاة بضمانات ، باعتبارها أقل رتبة ، في حين أن ولايات قضائية أخرى تستبعد أو تعتبرها مطالبات غير مسموح بها .

٩٩ - ويقترح تقرير مصرف التنمية الآسيوي (٢-١٢ ، ص ٢١) مؤقّتا ما يلي :

"ينبغي أن يحافظ النظام القانوني للاعسار ، بقدر الامكان ، على مبدأ المعاملة المتساوية لجميع الدائنين . وتبعاً لذلك ، ينبغي أن يحدد قانون الاعسار عدد المطالبات ذات الأولوية بأقل عدد ممكن ."

١٠٠ - ويخلص تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٤١) الى ما يلي :

"ينبغي للقواعد التي تقرر الأولوية التي تعطى لفئات الدائنين لدى توزيع متحصلات بيع موجودات الحوزة أن تولي الاعتبار الواجب للشروط التعاقدية التي تنص على الضمان أو على اعطاء رتبة أقل . وعليه فكقاعدة عامة اذا كانت موجودات الحوزة محملة فينبغي توزيع متحصلات بيع تلك الموجودات أولاً على الدائنين المغطيين بضمانات وذلك بقدر قيمة مطالباتهم المغطاة بالضمانات ، زائداً أي تعويض ينشأ عن الايقاف لم يسدّد بالفعل أثناء الاجراءات . وينبغي أيضاً أن تصمم قواعد الأولوية بحيث تسهل سير اجراءات الاعسار سيرا فعالاً . وتبعاً

لذلك ، ينبغي اعطاء النفقات الادارية (بما في ذلك سداد قيمة خدمات المهنيين ، ومن بينهم المصفي ، ومطالبات الدائنين اللاحقين للالتماس) الأولوية على المطالبات غير المغطاة بضمانات . وفي حين أن ادراج امتيازات قانونية أخرى قد يعتبر ضروريا لأسباب اجتماعية أو سياسية ، ينبغي الحد من تلك الامتيازات بقدر الامكان لأنها ، بصفة عامة ، تخل بفعالية وكفاءة اجراءات الاعسار ."

٤ - ابراء الذمة

١٠١ - عندما تتبقى مطالبات قائمة بعد اكتمال التوزيع ، تنشأ مسألة ، فيما يتعلق بمنشآت معينة ، هي ما ان كان ينبغي ابراء ذمة المدين من تلك المطالبات أم أنها ستظل باقية بصفة مطالبات قائمة . وهذه المسألة تتعلق بالأفراد والشركات وبالمنشآت ذات المسؤولية غير المحدودة ، حيث يمكن أن تستمر المسؤولية الشخصية عن المطالبات التي لم يوف بها . ويحدد تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٤٢) نهجين بشأن هذه المسألة . فالنهج الأول يشدد على قيمة العلاقة بين المدين والدائن ، حيث أن استمرار مسؤولية المدين بعد التصفية يساعد على تحسين السلوك المالي للمدين وعلى تشجيع الدائنين على تقديم التمويل . ويظل المدين مسؤولا عن المطالبات التي لم يوف بها ، رهنا بقانون التقادم . ويستند النهج الآخر الى المنافع التي تجنى من "البداية الجديدة" ، ويتيح للمدين الأمين غير المحتال ابراء ذمته ابراء تاما بعد التصفية مباشرة .

١٠٢ - ويوصي تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٤٢) بما يلي :

"يمكن أن يتيح ابراء ذمة المدينين الأفراد بعد تصفية منشأتهم وسيلة ملائمة لاتاحة بداية جديدة لهم . غير أن ذلك لا ينبغي أن يتاح لمن مارسوا سلوكا احتياليا أو تخلفوا عن كشف معلومات جوهرية أثناء الاجراءات ."

٥ - الدائنون الأجانب

١٠٣ - يشدد تقرير صندوق النقد الدولي على الحاجة الى أن تعامل نظم الاعسار الدائنين الأجانب بنفس طريقة معاملة الدائنين المحليين . وعلاوة على ذلك يشدد تقرير مصرف التنمية الآسيوي (٢-١٥ ، ص ٢٣) وتقرير صندوق النقد الدولي (ص ٦٨) كلاهما على الحاجة الى أن تعتمد قوانين الاعسار اطارا موحدا للتعاون في حالات الاعسار التي تمس ولايات قضائية متعددة ، ويشيران الى قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود .

دال - اعادة التأهيل

١ - المعالم الجوهرية

١٠٤- يشير تقرير مصرف التنمية الآسيوي (٢-٢ (ب) ، ص ١٢) الى أنه على الرغم من أن عملية اعادة التأهيل ليست واسعة الانتشار مثل عملية التصفية ، ولذلك قد لا تتبع نمطا موحدا بنفس القدر ، فإنه يوجد عدد من العناصر الرئيسية أو الجوهرية التي يمكن تحديدها ، وهي :

(أ) أن الكيان يلتمس طوعيا القيام بالعملية ، التي قد تنطوي على اجراءات قضائية ومراقبة أو اشراف قضائيين أو قد لا تنطوي على ذلك ؛

(ب) الايقاف أو التعليق التلقائي والالزامي للدعاوى والاجراءات ضد أملاك الكيان ، وينطبق ذلك على جميع الدائنين ولمدة محدودة من الزمن ؛

(ج) مواصلة أعمال الكيان ، إما بإدراته الحالية أو بمدير مستقل أو بالاثنتين معا ؛

(د) صوغ خطة تقترح الطريقة التي سيعامل بها الدائنون وحائزو رأس المال المساهم والكيان نفسه ؛

(هـ) النظر في قبول الخطة والتصويت على قبولها من جانب الدائنين ؛

(و) امكانا ، الاعتماد القضائي للخطة المجازة ؛

(ز) تنفيذ الخطة .

والفروع التالية تتناول هذه المسائل .

٢ - مقتضيات بدء الاجراءات

١٠٥- من أهداف نظام اعادة التأهيل انشاء عملية تشجع المدينين على اتخاذ تدبير للتصدي لضوائقهم المالية في الوقت الملائم . وتبعاً لذلك ، ينبغي أن ينطبق نفس معيار بدء الاجراءات الذي ينطبق على التصفية (وهو التوقف العام للدفعيات) ، على الأقل في حالة الاجراءات التي يطلب بدءها المدين . ولا يطبق بعض القوانين معيارا موضوعيا لبدء الاجراءات ، بينما تعتمد قوانين أخرى معيارا مثل السيولة المتوقعة . غير أنه كما يلاحظ تقرير مصرف التنمية الآسيوي وتقرير صندوق النقد الدولي كلاهما

(٢-٥ ، ص ١٥ ؛ ص ٤٥) قد تكون هناك حاجة الى ضمانات لكفالة عدم اساءة استعمال عملية اعادة التأهيل ، إما للاحتماء بها أو باستخدام تكتيك التأخير من جانب كيان ليست له امكانية اعادة التأهيل حقيقة ، أو بالسماح للمدين الذين لا يعاني من ضائقة مالية أن يقترح خطة اعادة تأهيل تشتمل على التخلص من التزامات ثقيلة ، مثل الالتزامات للعاملين .

١٠٦- وبما أن الدائن لا يرجح أن يكون قادرا على أن يعرف السيولة المتوقعة للمدين فمن شأن التوقف العام للدفعيات أن يكون معيارا معقولا للتطبيق على اجراءات اعادة التأهيل التي يطلب بدءها الدائنون .

١٠٧- وبشأن مسألة بدء الاجراءات ، يخلص تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٤٦) الى ما يلي :

"ينبغي أن يسمح القانون ببدء اجراءات اعادة التأهيل بطلب من المدين أو من أحد الدائنين . وكوسيلة لتشجيع المدين على بدء اجراءات اعادة التأهيل في وقت مبكر ، بحيث تزداد فرص نجاح اعادة التأهيل ، ينبغي ألا يشترط معيار بدء الاجراءات البرهان على توقف عام للدفعيات . غير أنه ينبغي عادة التعويل على هذا البرهان اذا قدم الالتماس أحد الدائنين . وينبغي أن ينص القانون أيضا على بدء اجراءات اعادة التأهيل عن طريق التحويل من اجراءات التصفية ."

١٠٨- وكما لاحظنا أعلاه (الفقرة ١٠٥) ، يمكن أن تكون هناك حاجة الى أحكام احترازية تمنع المدين من اساءة استغلال عملية اعادة التأهيل . ويقترح تقرير مصرف التنمية الآسيوي (٢-٥ ، ص ١٥) التصدي لهذه المسألة باشتراط اجراء تقييم مبكر لما ان كانت هناك فرصة حقيقية لاعادة التأهيل . فاذا رسب المدين في ذلك التقييم ، يمكن تحويل التقييم تلقائيا الى عملية تصفية . ويمكن أن يمارس صلاحية التوصية بذلك التحويل أو طلبه مدير الإعسار (وهو ، غير الادارة ، الطرف الذي يحتمل أكبر احتمال أن يكون ملما بأعمال المدين) أو لجنة الدائنين ، أو يمكن منح هذه الصلاحية للمحكمة . ويمكن تفادي الاعتماد على اشراف المحكمة بفرض حدود زمنية أو اعطاء الدائنين قدرا أكبر من النفوذ .

١٠٩- ويقترح تقرير مصرف التنمية الآسيوي (٢-٥ ، ص ١٥ ؛ ٢-١٢ ، ص ٢١) ما يلي مؤقتا :

"ينبغي لنظام الإعسار أن ينص ، كجزء من عملية الانقاذ ، على اجراء تحقيق مستقل وتقديم تقرير عن أعمال الهيئة الاعتبارية وموقفها المالي . وينبغي أن ينص أيضا على اجراء تقييم مستقل لأي اقتراح انقاذ يتعلق بالهيئة الاعتبارية . واذا رسبت الهيئة الاعتبارية في ذلك التقييم أو في أي تقييم لاحق فينبغي تحويل التقييم تلقائيا الى عملية تصفية ."

١١٠- ويخلص تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٥٠) الى ما يلي :

"كوسيلة للتأكد من عدم اساءة استغلال المدين لاجراءات اعادة التأهيل ، من المهم أهمية حاسمة أن تكون هناك أحكام تسمح بتحويل اجراءات اعادة التأهيل الى اجراءات تصفية . وينبغي أن تشمل تلك الأحكام على آلية تسمح للمحكمة بأن تحول الاجراءات فوراً بقرار منها ، أو بناء على توصية من مدير الإعسار أو الدائنين ، عندما يكون من الواضح أن اعادة التأهيل غير مجدية أو عندما يوجد دليل على أن المدين يتصرف بسوء نية . ومن أجل تقوية آلية التحويل هذه ، ينبغي للبلدان أن تنظر أيضاً في النص في القانون على أن اجراءات اعادة التأهيل لا ينبغي ، تحت أي ظرف ، أن تتجاوز مدة محددة . ويمكن أن تكون هذه الحدود الزمنية هامة بوجه خاص في البلدان التي تكون فيها طاقة النظام القضائي محدودة ."

٣ - نتائج بدء الاجراءات

١١١- في حين أن بدء اجراءات اعادة التأهيل يثير مسائل مماثلة لما تثيره التصفية من مسائل تتعلق بايقاف قدرة الدائنين على انفاذ تدابيرهم الانتصافية القانونية ضد المدين وسيطرة المدين على الحوزة ، فان النهج المتبعة في اجراءات اعادة التأهيل تتباين .

(أ) الايقاف

١١٢- السبب في الحد من قدرة الدائنين على انفاذ تدابيرهم الانتصافية في حالة التصفية هو تفادي تجزئة الهيئة الاعتبارية المدينة قبل الأوان واتاحة الفرصة للمصفي لتعظيم قيمة الحوزة . بل ان هذا أكثر أهمية في حالة اعادة التأهيل ، وذلك لكفالة وجود منشأة مدينة يمكن أن يعاد تأهيلها ولتوفير حافز يشجع المدينين على أن يحاولوا القيام باعادة التأهيل في أبكر وقت ممكن . وكما في اجراءات التصفية ، تنشأ مسألة ما ان كان الايقاف ينبغي أن ينطبق على الدائنين المغطيين بضمانات ، واذا كان ينطبق عليهم فما هي مدة انطباقه . وكما في حالة التصفية ، التي فيها ينطبق الايقاف على الدائنين المغطيين بضمانات ، يمكن أن يلزم اتخاذ تدابير لكفالة حفظ وحماية الضمان ، مثل السماح للدائن بأن يطلب اعفائه من الايقاف أو مثل فرض حدود زمنية على مدة اجراءات اعادة التأهيل .

(ب) السيطرة على أعمال المدين

١١٣- حيثما يكون من المعتاد إبعاد المدين من وضعية السيطرة على المنشأة الجاري تصفيتها وتحويل الموجودات الى المصفي ، لا يوجد نهج متفق عليه بشأن المدى الذي ينبغي أن يحدث ذلك في اجراءات اعادة التأهيل . وكما يشير تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٤٧) ، "اذا كانت اجراءات اعادة التأهيل مشابهة لاجراءات التصفية من حيث درجة السيطرة التي تعطى للمدين على المنشأة ، فمن الواضح أن هذا النهج سيقوض أي حافز للمدين على أن يستفيد طوعياً من اجراءات اعادة التأهيل ."

فالدرجة التي يسمح بها للمدين بالاحتفاظ بالسيطرة يجب أن توازن بين المنافع الأطول أجلاً التي تعود

على المنشأة (لأن المدين هو الطرف الذي يرجح أن يكون له أفضل فهم للمنشأة) وأي آثار سلبية تقع ، مثلا ، على ثقة الدائنين . ويتمثل أحد النهوج في السماح للمدين بالاحتفاظ بالسيطرة الكاملة على المنشأة ، دون تعيين مدير مستقل . غير أنه ، كما لاحظنا أعلاه فيما يتعلق ببدء اجراءات اعادة التأهيل (الفقرة ١٠٥) قد تكون هناك حاجة الى تدابير احترازية للتأكد من أن المدين لا يستخدم اعادة التأهيل لمجرد تأخير حدوث ما لا بد من حدوثه والسماح بتبديد أصول المنشأة ، فيقوض فرص اعادة التأهيل ويخل بمصالح الدائنين ويهدر ثقتهم .

١١٤- ويمكن أن يتوقف حل هذه المسألة أحيانا على ما ان كانت اعادة التأهيل طوعية أم جبرية . ويتمثل أحد النهوج في ارساء اتفاق بين المدير ومدير الإعسار على تقاسم الادارة ، بحيث يشرف مدير الإعسار على أنشطة المدين ويوافق على الصفقات الهامة . ولضمان أن يكون بوسع الأطراف المستقلة أن تتأكد من القيود المفروضة على المدين وأيضا التأكد من الكيفية التي تسير بها اجراءات اعادة التأهيل ، قد يلزم تحديد تقسيم الصلاحيات بين المدين ومدير الإعسار تحديدا واضحا وعدم تركها خاضعة لسلطة تقديرية واسعة من جانب مدير الإعسار .

١١٥- ويقترح تقرير مصرف التنمية الآسيوي (٢-٧ ، ص ١٧) ما يلي مؤقتا :

"في حالة محاولة الانقاذ الصادقة [...] يقترح امكانية استمرار الادارة الحالية ولكن مع اسناد صلاحيات اشرافية ونهائية لمدير إعسار مستقل . وثانيا ، ينبغي أن يكون ايقاف أو تعليق الدعاوى والاجراءات ضد أملاك الهيئة الاعتبارية المدينة منطبقا على جميع الدائنين (سواء أكانوا مغطيين بضمانات أم غير مغطيين بضمانات) لمدة معقولة من الزمن ، ولكن رهنا بامكانية تقديم الدائنين المتضررين من طلبات لاعفائهم من الايقاف ."

١١٦- ويخلص تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٤٨-٤٩) الى ما يلي :

"من المهم أن تنص اجراءات اعادة التأهيل على ايقاف لقدرة الدائنين على انفاذ التدابير القانونية على أصول المدين بعد بدء اجراءات اعادة التأهيل . وينبغي أن لا يقل شمول نطاق الايقاف عن الحد الأدنى المشترك المبين تحت عنوان "اجراءات التصفية" [...] و [...] ينبغي أن ينطبق الايقاف على الدائنين المغطيين بضمانات .

"و [...] ايقاف قدرة المغطيين بضمانات على ممارسة حقوقهم على الضمان في كامل فترة الاجراءات مهم أهمية حاسمة . غير أن هذا لا يخفض الحاجة الى تزويد أولئك الدائنين بحماية كافية (بما في ذلك الاعفاء من الايقاف عندما لا يمكن توفير تلك الحماية) ، وفي هذا السياق ، يهيئ ذلك سببا اضافيا لفرض حدود زمنية على مدة الاجراءات .

"وستؤدي ازالة المدين ازالة تامة من ادارة المنشأة الى ازالة الحافز الذي يدفع المدينين الى الاستفادة من اجراءات اعادة التأهيل في فترة مبكرة ، وقد يقوض فرص نجاح اعادة التأهيل . ومن الناحية الأخرى فان السماح للمدين بالاحتفاظ بالسيطرة الكاملة على المنشأة يسبب عددا من المخاطر ، منها خطر تبديد أصول المدين بما يضر بالدائنين . وللأسباب المتقدمة ، يستصوب أن ينص القانون على ترتيب يواصل بموجبه المدين تشغيل المنشأة على أساس يومي ولكن تحت اشراف دقيق من جانب مدير إعسار مستقل تعيينه المحكمة . بيد أنه ينبغي أن تكون للمحكمة صلاحية استبدال الادارة التابعة للمدين استبدالا كاملا في الظروف التي يوجد فيها دليل على سوء ادارة جسيم أو اختلاس للأصول ."

٤ - الاجراءات

(أ) اعداد خطة اعادة التأهيل ومحتواها

١١٧- في بعض الولايات القضائية ، تعد الادارة القائمة التابعة للهيئة الاعتبارية المدينة خطة اعادة تأهيل الهيئة ؛ وفي ولايات قضائية أخرى يعد الخطة مدير إعسار مستقل ، ولكن بالتعاون مع الادارة الراهنة أو أصحاب الملكية الراهنة .

١١٨- ومبرر السماح للمدين باعداد الخطة هو تشجيع المدينين الذين يعانون من مصاعب مالية على الاستفادة من اجراءات اعادة التأهيل ، بحسب ما يقترح تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٥١) ، بغية الاستفادة من معرفة المدين بالمنشأة وبالخطوات التي قد تلزم لنجاح المنشأة ، وبذلك تتعزز فرص تحقيق اعادة تأهيل ناجحة . غير أنه للتأكد من قبول الدائنين للخطة التي يعدها المدين ، قد يلزم النص على بعض الاشراف من جانب مدير للإعسار على اعداد الخطة أو النص على بعض التقييم من جانبه للخطة . وأحد النهج بشأن تعظيم مشاركة المدين الممكنة في اعداد الخطة يمكن أن يتمثل في النص على فترة أولية يكون للمدين فيها الحق الحصري في اقتراح الخطة . وإذا تخلف المدين عن القيام بذلك ، يمكن اعطاء الدائنين أو مدير الإعسار (أو الطرفين كليهما) الحق في القيام به . بيد أنه ينبغي تفادي حدوث حالة تقترح فيها الأطراف المختلفة عددا من الخطط ، لأن تلك الحالة يمكن أن تؤدي الى تعقيد لا ضرورة له والى امكانية حدوث تأخيرات في عملية التفاوض . وقد تتوقف طريقة التعامل مع هذا الخيار على ما ان كانت الخطة تستلزم موافقة الدائنين أم لا تستلزمها وما ان كان بوسع المحكمة أن تلغي الحاجة الى تلك الموافقة .

١١٩- ويمكن أن يتاح أيضا لأطراف ثالثة ، مثل الهيئات الحكومية ونقابات العمال ، خيار تقديم آرائها حول الخطة .

١٢٠- ويخلص تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٥٠) الى ما يلي :

"كوسيلة لتشجيع المدينين على الاستفادة من اجراءات اعادة التأهيل ، ينبغي عادة أن يتيح القانون للمدين فرصة اعداد خطة . ولا ينبغي اعطاء هذه الفرصة للمدين وحده . فينبغي اعطاء الفرصة أيضا لمدير الإعسار و/أو الدائنين لاعداد خطة ، ويمكن أن يكون ذلك بعد انتهاء مدة أولية تكون فيها الفرصة حكرا على المدين . ولأغراض تعزيز كفاءة وفعالية عملية التفاوض ، يفضل أن يحد القانون من قدرة الأطراف المختلفة على اقتراح خططها في وقت واحد ."

١٢١- وفي تناول محتوى الخطة ، يشير تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٥٢) الى أن "جميع البلدان تقريبا لديها قوانين تقضي ، بقدر أكبر أو أقل ، بأن خطة اعادة التأهيل ينبغي أن تقدم لجميع الأطراف ، بصورة كافية وواضحة ، معلومات عن الحالة المالية للشركة وعما يقترحه مقدم الخطة من تحول في الحقوق القانونية" . وفيما عدا بيان المبادئ العامة ، يرتبط محتوى الخطة ارتباطا وثيقا بعملية الموافقة ومفعولها ، وكذلك بمدى صلة القوانين الأخرى بالموضوع . فمثلا من حيث ان قانون الشركات قد يحظر معاملات معينة ، مثل عمليات تحويل الديون الى رأسمال مساهم ، لا يمكن الموافقة على خطة اعادة تأهيل تحتوي على تلك العمليات ما لم يرفع الحظر . ويمكن أن تنتج اشكالات عن انطباق قوانين أخرى ، مثل القوانين المتعلقة بالاستثمار الأجنبي . ويقدم تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٥٣) أمثلة للقيود المفروضة على الاستثمار المباشر الأجنبي والتي يمكن أن تؤثر في فرص اعادة التأهيل عندما يكون عدد من الدائنين من غير المقيمين . وبالمثل ، يمكن أن تتيح مصاعب المدين المالية فرصة للمستثمرين الأجانب للحصول على حصة غالبية ، الأمر الذي قد لا يكون مرغوبا فيه لأسباب سياسية في ظروف معينة . وينطبق الاعتبار نفسه على قوانين العمل وعلى ما قد يلزم من خروج عليها في حالة اعادة التأهيل .

١٢٢- ويخلص تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٥٣) الى ما يلي :

"فيما يتعلق بمحتوى الخطة المسموح به ، ينبغي عادة أن لا يفرض قانون الإعسار سوى القيود اللازمة لحماية الدائنين الذين يمكن أن يقع عليهم دون موافقتهم التزام بأحكام الخطة التي تقيد حقوقهم ."

(ب) الموافقة على الخطة

١٢٣- يشير تقرير مصرف التنمية الآسيوي (٢-١١ ، ص ٢٠) الى أنه على الرغم من أن نظام الإعسار هو عملية جماعية فانه لا يمكن أن يمنح المساواة لحقوق متباينة متنافسة ولا يمكن أن يعتمد تطبيقه على ضرورة الاجماع داخل الفئات ذات المصالح المختلفة . وتبعاً لذلك فان الطريقة التي يعالج بها نظام الإعسار الموافقة على خطة اعادة التأهيل ومفعول تلك الخطة تستلزم الموازنة بين مدى انطواء الخطة

على تقييد لحقوق الدائنين دون موافقتهم والوسيلة التي يمكن بها فرض الخطة رغم اعتراض أقلية من الدائنين .

١٢٤- ومن حيث ان القانون يوفر الحماية للدائنين المغطيين بضمانات ويكفل أن لا تخل الخطة المجازة بممارسة حقوقهم ، يمكن أن تكون هناك حاجة الى أن يقوم الدائنون المغطون بضمانات بالتصويت على الخطة . غير أن اتباع ذلك النهج يمكن أن يخفض فرص نجاح اعادة التأهيل ، ولا سيما اذا كان أحد الأصول المستخدمة كضمان جوهريا لنجاح الخطة . وكما يشير تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٥٣-٥٤) فما لم يكن الدائن المغطى بضمان ملزما بالخطة أو تنص الخطة على الوفاء الكامل بمطالبات الدائن المغطى بضمان فان ممارسة الدائنين لحقوقهم يمكن أن تجعل الخطة مستحيلة التنفيذ .

١٢٥- ويتمثل أحد الحلول لهذه المشكلة في السماح للدائنين المغطيين بضمانات والدائنين ذوي الأولوية بالتصويت على الخطة بصفتهن فئتين منفصلتين ، اذا كانت الخطة لولا ذلك يمكن أن تؤثر تأثيرا ضارا في قيمة مطالباتهم أو أن تخل بحقوقهم في انفاذ الضمان . واذا صوتت غالبية كل من هاتين الفئتين لصالح الخطة ، يمكن الزام جميع الدائنين المغطيين بضمانات والدائنين ذوي الأولوية بها . وثمة تدبير يمكن اتخاذه لحماية الدائنين المعترضين المغطيين بضمانات أو ذوي الأولوية وهو النص على أنهم ينالون على الأقل ما كانوا سينالونه بموجب التصفية . وبالنسبة لبعض الدائنين المغطيين بضمانات والدائنين ذوي الأولوية ، بما فيهم العاملون ، يمكن أن يعنى تأييد الخطة الموازنة بين الأضرار المباشر بقيمة مطالباتهم ، من ناحية ، ومستقبل الكيان وأحواله المرتقبة على المدى البعيد ، من الناحية الأخرى .

١٢٦- ويمكن استخدام عدد من الآليات للتعامل مع تصويت الدائنين العاديين غير المغطيين بضمانات . فالخطوة الأولى هي استبانة الحد الأدنى من التأييد من الدائنين العاديين غير المغطيين بضمانات الضروري لالزام تلك الفئة من الدائنين ، والوسيلة التي يمكن بها تحقيق ذلك الحد الأدنى . وأيا كان مستوى "الأغلبية" اللازم لاثبات التأييد للخطة فان وسائل تحديد الأغلبية يمكن أن تشمل تحديدها بالاشارة الى ما ان كانت الأصوات التي يدلى بها فعلا (وليس العدد الممكن لمن تحقق لهم المشاركة) تمثل نسبة الأغلبية من قيمة الدين ، أو غالبية عدد الدائنين ، أو خليطا من الاثنين . وعلى الرغم من أن الجمع بين الشرطين قد يزيد من صعوبة تحقيق التأييد اللازم للموافقة ، فقد تكون هناك ظروف يكفل فيها استخدام هذا النظام نتيجة عادلة ومنصفة فيما بين الدائنين . ومن الأمثلة التي يذكرها تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٥٤) حالة أن يكون دائن واحد حائزا على غالبية قيمة الدين ؛ ومن شأن هذه القاعدة أن تمنعه من فرض تأييده للخطة على جميع الدائنين الآخرين .

١٢٧- وفي بعض الولايات القضائية ، يقسم الدائنون العاديون غير المغطيين بضمانات الى فئات . ويمكن تبرير هذا التقسيم على أساس أن الدائنين غير المغطيين بضمانات يمكن أن تكون لهم مصالح اقتصادية متباينة وأهداف متباينة من حيث ما يريدون أن يحصلوا عليه من خطة اعادة التأهيل . فيمكن أن يكون بعض الدائنين مهتما بالأحوال المرتقبة للمنشأة في الأجل البعيد وأن يكونوا على استعداد لمواصلة

العلاقة معها ، بينما يكون دائنون آخرون أكثر اهتماما بالحصول على دفعيات نقدية فورية ولا يريدون أن يكون لهم مزيد من المعاملات مع المنشأة . وثمة مبرر اضافي للتقسيم الى فئات ، يتعلق بالموافقة على الخطة وبالوسيلة التي يمكن بها استخدام التأييد المقدم من احدى الفئات لفرض الخطة على الفئات الأخرى .

١٢٨ - وحيثما يكون على فئات الدائنين المختلفة أن تبين موافقتها على الخطة بالتصويت ، قد يلزم وجود قواعد تسمح بفرض الخطة على الأقلية من الدائنين التي تعارضها (حكم "اجباري") ، ولكن تكفل في الوقت نفسه حماية مصالح أولئك الدائنين واحترام الحقوق ذات الأولوية . والقوانين التي تحمي حقوق الدائنين الذين تفرض عليهم الخطة تطبيق أيضا قاعدة تنص على أنه لا يمكن اكره فئة معترضة من الدائنين على قبول ما يقل عن القيمة الكاملة لمطالباتهم اذا حصل الدائنون المنتمون الى فئة أدنى على أية قيمة ("قاعدة الأولوية المطلقة") . ويشير تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٥٦) الى أن تقسيم الدائنين الى فئات وتطبيق تلك القواعد يعقد القانون ويعقد تطبيقه من جانب المحكمة ومن جانب مدير الاعسار . ويمكن أن يكون لهذا التعقيد ما يبرره اذا كانت الهياكل المؤسسية متطورة بقدر يكفي للتعامل مع ذلك التعقيد ، لأنه يمكن أن يعزز فرص نجاح اعادة التأهيل . وفي حالات أخرى يمكن فعلا أن يؤدي العبء الملقي على عاتق الهياكل المؤسسية الى تقويض عملية اعادة التأهيل ، لأن صوغ نظام معقد من الفئات ومن تصويت الدائنين يتطلب ممارسة سلطة تقديرية للبت في خيارات التصنيف وخيارات آلية التصويت .

١٢٩ - وينص بعض القوانين على ضرورة موافقة حملة الأسهم اذا كانت الخطة قد تؤثر في الشكل الاعتباري للكيان المدين أو هيكل رأسماله أو عضويته . واذا كانت ادارة الكيان هي التي تقترح الخطة فربما تكون موافقة حملة الأسهم قد حدثت قبل تقديم الاقتراح ، ولا سيما اذا كانت القواعد أو القوانين التي تحكم الكيان تستوجب تلك الموافقة . ويرى تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٥٦) أن هذا يكون الحال على وجه الخصوص اذا كانت الخطة تنطوي على عمليات تحويل ديون الى رأسمال مساهم ، إما عن طريق نقل ملكية أسهم موجودة أو عن طريق اصدار أسهم جديدة .

١٣٠ - وينبه تقرير مصرف التنمية الآسيوي (٢-١١ ، ص ٢١) الى الحاجة ، في ظل أي نظام للتصويت ، الى ضمان عدم التلاعب بصلاحيات التصويت وضمان عدم التدخل في حقوق الدائنين الحقيقيين أو الاخلال بها بواسطة صلاحيات التصويت التي لدى الأشخاص ذوي الصلة بالهيئة الاعتبارية (المطلعين على أسرار المنشأة (insiders)) .

١٣١ - وقد يكون للمحاكم عدد من الصلاحيات فيما يتصل بإجازة الخطة وتنفيذها . ويعطى كثير من البلدان المحاكم سلطة إنفاذ الخطة على الدائنين الذين اعترضوا أثناء عملية الموافقة على الخطة ؛ وقد تكون للمحاكم أيضا صلاحية رفض الخطة على الرغم من إجازتها بالأغلبية اللازمة من الدائنين ، على أساس أنها لا تحمي حقوق الدائنين المعترضين حماية كافية أو أنه يوجد دليل على وقوع احتيال

في عملية الإجازة أو أن الخطة غير ممكنة التنفيذ . ويلاحظ تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٥٦) أن الخطة يمكن أن تكون غير ممكنة التنفيذ لأنها ، مثلا ، لا تلزم الدائنين المغطيين بضمانات ولا تنص على الوفاء الكامل بما لأولئك الدائنين من مطالبات مغطاة بضمانات . وعندئذ يكون من شأن قيام أولئك الدائنين الحاصلين على ضمانات بممارسة حقوقهم أن يؤدي الى جعل الخطة مستحيلة التنفيذ .

١٣٢ - ويخلص تقرير صندوق النقد (ص ٥٧) الى ما يلي :

"(أ) من المهم أن ينص القانون على وسيلة يمكن بها فرض الخطة على الأقلية المعارضة من الدائنين وأن يوفر ، في الوقت نفسه ، آلية يتسنى بها حماية حقوق أولئك الدائنين في حالة الاخلال بحقوقهم . وعلى الأقل ، لا ينبغي الزام دائن معترض بخطة اذا كانت لا توفر له ما لا يقل عما كان سيحصل عليه بموجب التصفية .

"(ب) كوسيلة لتعزيز فرص اعادة التأهيل ، يمكن النظر في السماح للدائنين المغطيين بضمانات والدائنين ذوي الأولوية بالتصويت - ولكن فقط بصفة فئتين منفصلتين ، وتمكين المحكمة من تقسيم الدائنين غير المغطيين بضمانات ولهم مصالح اقتصادية متباينة الى فئات مختلفة . فضلا عن ذلك ، يمكن النظر أيضا في تزويد المحكمة بصلاحيات استخدام التأييد المقدم من إحدى الفئات لجعل الخطة ملزمة للفئات الأخرى . واذا اعتمد هذا النهج فينبغي تطبيق قواعد ، مثل قواعد الأولوية المطلقة ، بغية كفالة معاملة فئات الدائنين المعارضة معاملة عادلة من حيث رتبة الأولوية التي تنطبق في حالة التصفية . وعادة يستلزم تنفيذ هذا النهج ممارسة سلطة تقديرية من جانب البنية التحتية المؤسسية . وتبعا لذلك يمكن ، في الظروف التي تكون فيها طاقة البنية التحتية المؤسسية محدودة ، أن يؤدي التقسيم الى فئات والصلاحيات الاجبارية الى تقويض الثقة بالقانون ، ولذلك يحتاج ادارجها الى دراسة دات قيقة .

"(ج) اذا وافقت أغلبية الدائنين اللازمة على الخطة وأقرها أيضا مدير الاعسار ، يوصى بأن يعطي القانون المحكمة سلطة رفض الخطة في ظروف محدودة فقط ، مثل حالة عدم معاملة الدائنين معاملة عادلة أو حالة وجود دليل على احتيال في عملية التصويت ."

١٣٣ - ويقترح تقرير مصرف التنمية الآسيوي (٢-١١ ، ص ٢١) ما يلي مؤقتا :

"ينبغي أن ينص قانون الاعسار بطريقة ملائمة على اشتراك الدائنين كجزء من عملية التصفية أو الانقاذ . وعلى وجه الخصوص :

(أ) ينبغي أن يحدد قانون الاعسار تحديدا واضحا لحقوق التصويت التي للدائنين ، وينبغي أن يبين الشروط الدنيا للموافقة على خطة الانقاذ ؛

(ب) ينبغي النص على تصويت فئات من الدائنين ، وخصوصا الدائنين المغطيين بضمانات ، اذا كان من الضروري أن يكون اقتراح الانقاذ ملزما لتلك الفئات ؛

(ج) ينبغي أن يوفر القانون أيضا حماية من التلاعب بنظام التصويت وينبغي ، على وجه الخصوص ، أن تكون للمحكمة أو لهيئة قضائية أخرى سلطة إبطال نتائج التصويت التي يتم الحصول عليها بممارسة أصوات المطلعين على أسرار المنشأة ، أي الأشخاص الذين لهم صلة بالهيئة الاعتبارية أو حملة أسهمها أو مديريها ؛

(د) ينبغي جعل نتيجة تصويت الأغلبية اللازمة من الفئة ملزمة لجميع الدائنين المنتمين الى تلك الفئة ."

(ج) صلاحيات الإبطال

١٣٤ - المسائل المتعلقة بتكاليف ومنافع صلاحيات الإبطال ، والمبينة فيما يتعلق بالتصفية (الفقرات ٧٠-٨٠ أعلاه) ، تنطبق بنفس القدر على اعادة التأهيل . وثمة مسألة لا تنشأ في حالة التصفية تتعلق بإبطال الصفقات السابقة لبدء الاجراءات اذا كان المدين يحتفظ بالسيطرة على الكيان أثناء إعادة تأهيله . ففي ذلك الوضع ، يمكن أن يتردد المدين في التماس إبطال صفقة وذلك لعدد من الأسباب ، ولا سيما اذا كان هناك تسليف بين كيانات يتصل بعضها ببعض الآخر أو اذا كانت للمدين مصالح متضاربة . ففي هذا الوضع قد يلزم أن تكون للدائنين صلاحية التماس إبطال الصفقة . ويقول تقرير صندوق النقد الدولي إن هذا سبب لتعيين مدير إعسار ، وخصوصا اذا كان نشوء هذا الوضع محتملا .

١٣٥ - ويخلص تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٥٩) الى ما يلي :

"ان ممارسة صلاحيات الإبطال عنصر حاسم الأهمية من عناصر اجراءات اعادة التأهيل . ويمكن أن يكون تطبيق تلك الاجراءات أكثر فعالية في الظروف التي يعين فيها مدير إعسار مستقل ."

١٣٦ - ويرد اقتراح تقرير مصرف التنمية الآسيوي في الفقرة ٧٩ أعلاه .

(د) معاملة العقود

١٣٧ - المسائل المتصلة بمعاملة العقود ، والتي تنشأ في سياق التصفية ، وخصوصا عند بيع المنشأة كمنشأة عاملة ، تنشأ أيضا في حالة اعادة التأهيل . ويشير تقرير صندوق النقد الدولي (ص

٥٩) الى صعوبات محددة تنشأ في الحالات التي لا ينص فيها قانون الإعسار على إبطال شروط إنهاء العقود في حالة بدء اجراءات اعادة التأهيل . وهذا الأمر هام بوجه خاص اذا كان العقد المعني ذا أهمية حاسمة لاعادة تأهيل الكيان ، مثل اتفاق الايجار .

١٣٨ - ويخلص تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٥٩) الى ما يلي :

"تصبح الخيارات السياسية المتعلقة بمدى اتساع صلاحيات التدخل في الشروط التعاقدية هامة بوجه خاص في سياق اجراءات اعادة التأهيل . فالصلاحيات الواسعة لمواصلة العقود أو إنهاؤها تعزز كثيرا امكانية اعادة التأهيل ، ولكن بعض البلدان قد يخشى من أن التطبيق الضاري لهذه الصلاحية قد يخل بامكانية التكهن . واذا أعطيت لمدير الإعسار صلاحية إبطال أحكام الانهاء و/أو كان القانون لا ينص على معاوضة المطالبات النقدية المستقلة يكون من المهم ، مثلما في حالة التصفية ، وضع استثناءات لهذه القواعد بغية السماح بمقاصة العقود المالية ."

(هـ) التمويل بعد بدء الاجراءات

١٣٩ - في حين أن توفير التمويل الجاري قد ينشأ في حالة التصفية اذا لزم تشغيل المنشأة لمدة قصيرة من الزمن قبل بيعها كمنشأة عاملة ، فان أهميته تكون حاسمة عندما تكون هناك فرصة حقيقية لاعادة تأهيل المنشأة . وتتصدى نظم الإعسار لهذه الحاجة باعطاء مدير الإعسار صلاحية الحصول على التمويل ، اما بضمانات أو بغير ضمانات ، ورهنا - في بعض الحالات - بموافقة الدائنين أو المحاكم . واذا كان توفير ضمان بالاستناد الى أملاك غير محملة أو توفير حق ضمان ذي أولوية ثانية بالاستناد الى أملاك محملة غير كاف للحصول على الائتمان اللازم ، يسمح بعض قوانين الاعسار لمدير الاعسار باعطاء "أولوية فائقة" (أولوية على جميع الدائنين) أو "أولوية ادارية فائقة" (أولوية على أصحاب الديون الادارية الآخرين) .

١٤٠ - ويقترح تقرير مصرف التنمية الآسيوي (٧-٢ ، ص ١٧) ما يلي مؤقتا :

"[...] ينبغي أن يجيز القانون وينص على "أولوية فائقة" (على جميع الدائنين) لتمويل الاحتياجات الاعمالية الجارية والملحة اللازمة للهيئة الاعتبارية المدينة ."

١٤١ - ويخلص تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٦٠) الى ما يلي :

"بالنظر الى ما للتمويل الجديد من أهمية للمنشأة أثناء اعادة التأهيل ، فمن المهم أن يعطى القانون مدير الاعسار صلاحيات كافية للحصول على هذا التمويل . ويشمل ذلك عادة صلاحية اعطاء الدائن اللاحق للالتماس أولوية ادارية أو حقا ضمانيا في الموجودات غير

المحملة . ويمكن النظر أيضا ، عند الاقتضاء ، في منح الدائن أولوية على أصحاب الديون الادارية الآخرين . أما السماح بمنح أولوية على الدائنين المغطيين بضمانات فلا يوصى به ، لأنه يمكن أن يؤثر تأثيرا ضارا للغاية على قيمة الضمان ."

(و) اعادة التأهيل المجهزة سلفا والمتفاوض عليها سلفا

١٤٢ - هذان الأسلوبان يتيحان التفاوض والتصويت على الخطة قبل بدء اجراءات إعادة التأهيل ، مع التماس موافقة المحكمة بعد بدء الاجراءات مباشرة . ويتمثل نهج بديل في التفاوض على الخطة قبل بدء الاجراءات ، مع التصويت الرسمي بعد بدء الاجراءات . ويبين تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٦١) عددا من المزايا لهذا النوع من الاجراءات . فهو يجمع بين فوائد وكفاءة العملية غير الرسمية والقدرة على فرض الخطة على الدائنين المعترضين ، وهذه القدرة هي ميزة هامة لعملية اعادة التأهيل الرسمية . كما أنه يوفر اليقين للمدين فيما يتعلق بالسيطرة على المنشأة ، كما يقلل من تسبب الاضطراب للمنشأة . وتقصير الجزء الرسمي من الاجراءات مفيد اذا كانت البنية التحتية المؤسسية محدودة . غير أنه ينبغي أن يلاحظ شيء واحد وهو أنه لن تتوفر للمدين حماية من دعاوى الدائنين أثناء المفاوضات معهم .

١٤٣ - ويخلص تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٦١) الى ما يلي :

"كوسيلة لتعزيز كفاءة عملية اعادة التأهيل ، ينبغي أن يسمح القانون للمحكمة بأن توافق على خطط اعادة التأهيل التي تم التصويت عليها (أو ، على الأقل ، تم التفاوض عليها) قبل بدء اجراءات اعادة التأهيل ."

هاء - مشاركة الدائنين

١٤٤ - يشدد تقرير مصرف التنمية الآسيوي وتقرير صندوق النقد الدولي كلاهما (٢-١١ ، ٢٠-٢١ ؛ ص ٦٢) على أهمية مشاركة الدائنين النشطة ، بصفة متخذي قرارات ، في عدد من المجالات الرئيسية لعملية الاعسار . وعلى الرغم من أن مشاركة الدائنين في عملية التصفية تكون عادة محدودة أكثر من مشاركتهم في اعادة التأهيل فإنه يمكن أن تكون للدائنين في اجراءات التصفية صلاحية إنهاء خدمة المصفي ، والموافقة على أن يواصل المصفي الأعمال مؤقتا ، والموافقة على بيع موجودات الحوزة بيعا خصوصيا . وتدل هذه المشاركة على أنه ينبغي ابقاء الدائنين على علم بسير التصفية .

١٤٥ - وعموما تكون للدائنين ، في اجراءات اعادة التأهيل ، سلطة إنهاء خدمة مدير الاعسار ، واقتراح خطة اعادة تأهيل والموافقة عليها ، وطلب اجراء من المحكمة أو التوصية به ، مثل تحويل اعادة التأهيل الى تصفية . ولتيسير مشاركة الدائنين في العملية ، يمكن انشاء لجنة دائنين تمثل مصالح

مختلف فئاتهم ، لكي تتصرف نيابة عنهم . وفي حين أن اللجنة تؤدي وظيفة استشارية فانها يمكن أن تسهل عملية اتخاذ القرارات وذلك بتقديم توصيات الى المحكمة والدائنين بشأن المسائل الرئيسية لاتخاذ قرار حولها . ويمكن أن توفر اللجنة محفلا يتيح تسوية الاختلافات بين الدائنين وتهيء أداة لتقديم المعلومات الى الدائنين .

١٤٦ - ويقترح تقرير مصرف التنمية الآسيوي (ص ٢١) مؤقتا أن ينص قانون الاعسار بطريقة ملائمة على مشاركة الدائنين باعتبار تلك المشاركة جزءا من عملية التصفية أو الانقاذ .

١٤٧ - ويخلص تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٦٣) الى ما يلي :

"ينبغي أن يتيح القانون للدائنين أداء دور نشط في اجراءات الاعسار . ولتحقيق هذه الغاية ، ينبغي أن يسمح بتشكيل لجنة دائنين ، على أن تعتبر تكلفة تلك اللجنة نفقات ادارية ."

واو - المصفون ومدراء الإعسار

١٤٨ - يحدد تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٦٣-٦٥) عددا من المسائل فيما يتعلق بمؤهلات المصفين ومدراء الإعسار وإنهاء خدمتهم ومكافأتهم ومسؤوليتهم يلزم أن يتناولها قانون الإعسار . وعلى المصفين ومدراء الإعسار ، بصفتهم موظفين تعيينهم المحاكم ، التزام بكفالة تطبيق القانون تطبيقا فعالا ونزيها ، ويكون عليهم أن يتعاملوا مع المحاكم في عدد من المسائل التي يحتمل أن تنشأ أثناء الاجراءات .

١٤٩ - وبالنظر الى امكانية تعقد اجراءات التصفية واجراءات اعادة التأهيل ، يلزم أن تكون لمن يعينون لهذه المناصب خبرة كافية بالمسائل التجارية والمالية ومعرفة بالقانون . ومن حيث أنه تلزم مشورة تخصصية لتيسير أي من العمليتين ، يمكن الحصول على تلك المشورة بتعيين متخصصين . ويلزم النظر في كيفية تعيين الموظف - من قائمة بالاختصاصيين المؤهلين مثلا - وما إن كانت المحكمة هي التي ينبغي أن تقوم بالتعيين .

١٥٠ - وبشأن إنهاء الخدمة ، يمكن إنهاء خدمة المصفي أو مدير الاعسار بناء على قرار تتخذه أغلبية الدائنين غير المغطيين بضمانات أو تتخذه المحكمة ، إما من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من أي طرف ذي مصلحة . وفي حالة إنهاء الخدمة من جانب الدائنين ، قد يلزم النظر في ما إن كان ينبغي اشتراط وجود مبررات لانتهاء الخدمة ، وفي حالة عدم وجود مبررات ، ما إن كان ينبغي فرض أي حدود زمنية لانتهاء الخدمة دون مبرر .

١٥١ - وأيا كان الأساس المختار لمكافأة المصفين ومديري الاعسار ، يمكن تفادي المنازعات مع الدائنين باعتماد طريقة شفافة يتم توضيحها للدائنين في بداية الاجراءات وتتفادى ممارسة سلطة تقديرية حصرية من جانب المحاكم .

١٥٢ - ومسؤولية المصفي أو مدير الاعسار هي مسألة أخرى يلزم النظر فيها . فاذا كانت المحكمة هي التي تعينهما ، يكون عليهما واجب رعاية جميع الأطراف ذات المصلحة وتقع عليهما مسؤولية في حالة الاخلال بذلك الواجب . وفي تحديد مستوى الرعاية الذي ينبغي أن ينطبق على المصفين ومدراء الاعسار ، ينبغي أن يوضع في الاعتبار ما يمكن أن تكون عليه الواجبات التي يضطلعون بها من صعوبة ، والحاجة الى اجتذاب مهنيين مؤهلين تأهيلا مناسباً ، والوسائل التي يمكن بها تخفيض المسؤولية ، وذلك مثلاً بالحصول على موافقة الدائنين قبل اتخاذ أي قرار رئيسي .

١٥٣ - ويحتوي تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٦٥) على الاستنتاجات التالية بشأن هذه المسائل :

"(أ) بالنظر الى الدور الرئيسي الذي يؤديه المصفون ومديرو الاعسار في اجراءات الاعسار ، من المهم أن تكون لهم معرفة كافية بالقانون وخبرة كافية بالمسائل التجارية والمالية . وللتأكد من أن لهؤلاء الموظفين ما يلزم من النزاهة والدراية ، قد ترغب البلدان في النظر في انشاء شكل ما من أشكال نظم الترخيص ذات التنظيم الذاتي .

"(ب) ينبغي أن تكون للمحكمة سلطة تعيين المصفي أو مدير الاعسار . وينبغي أن يحدد القانون الشروط التي يمكن بموجبها انتهاء خدمة أي منهما من جانب المحكمة أو من جانب أغلبية الدائنين غير المغطيين بضمانات .

"(ج) في حين يمكن استخدام طائفة من الطرائق لتحديد مكافأة المصفي أو مدير الاعسار ، من المهم أن تكون الطريقة المختارة شفافة وأن يتم اطلاع الدائنين على هذه الطريقة منذ بداية الاجراءات .

"(د) على المصفين ومديري الاعسار ، بصفتهم موظفين تعينهم المحاكم ، التزام بكفالة تطبيق القانون تطبيقاً فعالاً ونزيهاً . وتبعاً لذلك ، يقع عليهم واجب رعاية جميع الأطراف ذات المصلحة وينبغي أن يكونوا مسؤولين شخصياً تجاه جميع تلك الأطراف عن الاخلال بهذا الواجب . وبصفة عامة ، لا ينبغي اعتبار واجب الرعاية قد أخل به إلا في حالات الإهمال ."

١٥٤ - يتناول تقريراً مصرف التنمية الآسيوي وصندوق النقد الدولي كلاهما (٢-٨ ، ص ١٨ ؛ ص ٦٦) مسائل إدارة اجراءات التصفية واعادة التأهيل التي تتصل بدور المحكمة الاشرافي . ويلاحظ تقرير مصرف التنمية الآسيوي (٢-٨ ، ص ١٨) أن قانون الاعسار يحتاج الى ادارة واشراف كافيين لكي يؤدي وظيفته بفعالية ، فيما يتعلق ببدء العملية وباستمرارها المنتظم على حد سواء . ويرى التقرير أن "الخبرة في معظم الولايات القضائية دلت على أنه تلزم في كثير من الأحيان محكمة متخصصة أو هيئة ادارية أخرى (أو ، بالتأكيد ، قضاة أو موظفون ذوو خبرة) تتصدى للمعالجة الأولية لحالات الاعسار ثم تكون متاحة لممارسة صلاحية اشرافية عامة بغية كفالة سير الادارة وعدم اساءة استغلال النظام . " ويلاحظ تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٦٦) أيضا أن قانون الاعسار لا يكون فعالا إلا اذا كان القضاء يمتلك الصلاحية الكافية لتنفيذه ، ما يبرز أهمية العلاقة بين صلاحيات القضاء وصوغ قانون الاعسار .

١٥٥ - ويقترح تقرير مصرف التنمية الآسيوي (٢-٨ ، ص ١٨) ما يلي مؤقتا :

"ينبغي أن تنص تشريعات الاعسار على حدود زمنية قصيرة وصارمة للمعالجة الأولية لحالة الهيئة الاعتبارية المعسرة . ويجب أن تتوفر للمحكمة أو الهيئة القضائية الأخرى الموارد اللازمة للتمكن من تنفيذ العملية .

"ويمكن أن تضطلع هيئة حكومية خاصة بالادارة الأطول أجلا للهيئة الاعتبارية المعسرة الجاري تصفيتها ، ولكن مع النص على اتاحة امكانية أن يقوم بادارة حالات التصفية الأكثر صعوبة وتعقيدا مدير اعسار متخصص مستقل خارجي . ويجب أن تتوفر للهيئة الحكومية الموارد الكافية للتمكن من أداء وظائفها بكفاءة .

"وينبغي أن يدير حالات الانقاذ مدير اعسار متخصص مستقل .

"وينبغي أن تكون جميع حالات التصفية أو الانقاذ خاضعة لاشراف محكمة أو هيئة قضائية مختصة ."

١٥٦ - ويخلص تقرير صندوق النقد الدولي (ص ٦٧) الى ما يلي :

"(أ) كوسيلة لكفالة تطبيق قانون الاعسار بطريقة قابلة للتكهن ، ينبغي أن يحتوي القانون على ارشادات كافية حول الطريقة التي ينبغي للمحكمة أن تمارس بها سلطاتها التقديرية ، وخصوصا عندما يكون قرار المحكمة منطويا على تقييم لمسائل اقتصادية وتجارية .

"(ب) بما أن إجراءات الاعسار تنشئ عملية دينامية ، من المهم ايجاد اجراءات تكفل انعقاد جلسات المحكمة بسرعة وصدور القرارات ، بما فيها القرارات بشأن الاستئنافات ، بعد ذلك بوقت قصير . وأثناء فترة الاستئناف ، ينبغي عادة أن يظل قرار المحكمة الأدنى ملزماً .

"(ج) بالنظر الى الحاجة الى ضمان الكفاءة والممارسة السليمة للسلطة التقديرية ، قد ترغب البلدان في النظر في انشاء محاكم متخصصة ، إما في شكل محاكم افلاس أو في شكل محاكم تجارية . وسواء اذا اعتمد نظام محاكم متخصصة أم لم يعتمد ذلك النظام ، من المهم أن يكون القضاة حاصلين على تدريب وخبرة كافيين في المسائل التجارية والمالية ."

حاء - إجراءات الاعسار غير الرسمية

١٥٧ - طورت إجراءات الاعسار غير الرسمية في عدد من البلدان خلال العقد الماضي ، وهي تهيئ بدائل لإجراءات الاعسار الرسمية توفر درجة أكبر من المرونة وتوفر استجابة قائمة على المبادرة من الدائنين في وقت أبكر مما هو ممكن عادة في إطار النظم الرسمية . ويبين تقرير مصرف التنمية الآسيوي (ص ٢٥-٢٧) الظروف اللازمة للإجراءات الرسمية ، وكذلك العمليات الرئيسية والمشاكل العملية . ويلاحظ التقرير أيضاً (ص ٦٣) أنه ، بالنظر الى أن الثقافة التجارية للعديد من البلدان التي جرت دراستها من أجل اعداد التقرير مكيفة باتجاه تسوية المنازعات بطريقة لا تقوم على الخصومة ، فقد يكون هناك أساس متين نسبياً لتشجيع وبناء العناصر اللازمة لصوغ نهج تفاوضي غير رسمي بشأن مشاكل الدائنين المعسرين أو ذوي الصعوبات المالية .

١٥٨ - ويشير تقرير مصرف التنمية الآسيوي (ص ٢٤) الى عدد من الافتراضات الأولية المحددة تحديداً جيداً اللازمة لفعالية العمليات غير الرسمية . ومن هذه الافتراضات وجود ديون كبيرة لعدد من الدائنين المختلفين ، يكونون عادة مصارف أو مؤسسات مالية أخرى ؛ وتفضيل التفاوض للتوصل الى ترتيب لمعالجة المصاعب المالية للمدين ؛ وتوافر أساليب تجارية متطورة نسبياً لاعادة التمويل وللضمان وغير ذلك يمكن استخدامها لاعادة ترتيب الديون أو اعادة هيكلتها ؛ والسماح باللجوء الى قانون الاعسار اذا إنهارت العملية غير الرسمية ؛ وتوقع الحصول على منفعة أكبر للجميع من خلال التفاوض بدلاً من العمليات الرسمية .

١٥٩ - وتشمل عملية التدريب غير الرسمي لمعالجة الاعسار عدداً من الخطوات ، وهي : اقامة محفل يستطيع فيه المدين والدائنون البحث عن ترتيب لمعالجة صعوبات المدين المالية والتفاوض عليه ؛ وتعيين مصرف دائن "رائد" لتنظيم وإدارة العملية ؛ وانشاء لجنة "توجيهية" من الدائنين ؛ والاتفاق على تعليق التدابير الضارة المتخذة من جانب الدائنين أو المدين ، والذي يمكن أن يقارن بايقاف الدعاوى والإجراءات في الإجراءات الرسمية ؛ وتوفير المعلومات عن حالة المدين ، بما في ذلك أنشطته ووضعه التجاري الراهن وما الى ذلك .

١٦٠ - ويطرح تقرير مصرف التنمية الآسيوي (ص ٢٥-٢٧) عددا من المسائل التي قد يلزم تسويتها لدى تأسيس العملية غير الرسمية . ومن هذه المسائل تحديد الطرف الذي يجوز له أن يبدأ العملية والأدوات التي يجوز استعمالها لكفالة سير تلك العملية ؛ وإلى أي مدى ينبغي إشراك خبراء ومستشارين مستقلين في العملية ؛ ووسائل تسوية الخلافات بين الدائنين ، وخصوصا فيما يتعلق بحقوق الأولوية المتنافسة ؛ والتعامل مع الدائنين المعترضين والدائنين الذين قد لا يتسنى إشراكهم إشراكا نشطا في العملية بسبب كبر عدد الدائنين ؛ وتوفير التمويل الجاري للكيان المدين ووضع أولويات للحصول على ذلك التمويل .

خامسا - شكل الأعمال المقبلة الممكنة

١٦١ - إذا رأى الفريق العامل أن من المستصوب والممكن أن تضطلع اللجنة بالمزيد من الأعمال بشأن جميع المسائل المتقدمة أو أي منها ، فقد يود أيضا أن ينظر في ماهية الناتج الملائم في سياق الجهود الجارية ، مثل قانون نمونجي أو أحكام نمونجية أو مجموعة مبادئ أو نص آخر . وتتناول الفقرات التالية بعض الاعتبارات التي تنشأ عن منتجات العمل المختلفة هذه ، بما في ذلك قدرة كل نوع من النصوص على المساهمة في بلوغ هدف وضع اطار متوائم لنظم وطنية فعالة لاعسار الهيئات الاعتبارية .

ألف - قانون نمونجي أو أحكام نمونجية

١٦٢ - القانون النمونجي هو نص تشريعي يوصى به للدول لاعتماده كجزء من قانونها الوطني . ولدى إدراج الدولة نص القانون النمونجي في قانونها ، يمكن للدولة أن توائم نص القانون لاحتياجاتها ، وأن تعدل أو تحذف بعض نصوصه عند الاقتضاء . وهذه المرونة هي ، على وجه التحديد ، التي يمكن ، في عدد من الحالات ، أن تكفل قبولاً للقانون النمونجي أكبر من قبول اتفاقية تتناول نفس الموضوع . غير أنه ، على الرغم من مرونة القانون النمونجي ، يمكن دعوة الدول (مثلا بقرار من الجمعية العامة) إلى إجراء أقل قدر ممكن من التغييرات لدى إدراج القانون في نظمها القانونية ، بغية زيادة احتمال تحقيق درجة مرضية من التوحيد وتوفير اليقين بشأن مدى التوحيد .

١٦٣ - والقانون النمونجي هو أداة ملائمة لتحديث وتوحيد القوانين الوطنية عندما يكون متوقعا أن ترغب الدول في إدخال تعديلات على النص الموحد ، أو تحتاج إلى إدخالها ، بغية استيعاب المقتضيات المحلية التي قد تتباين من نظام إلى آخر ، أو حيث يكون التوحيد الصارم غير ضروري . فمثلا ، في توحيد قانون الاجراءات ، قد يلزم إدخال عدة تعديلات على النص الموحد ، بسبب اختلاف هياكل النظم القضائية أو بسبب اختلاف التقاليد الاجرائية ، قبل أن تستطيع الدولة اشتراعه قانونا وطنيا لها . ويكون القانون النمونجي ملائما أيضا اذا كان الغرض من النص الموحد هو ، من ناحية ، وضع معيار قانون نمونجي في مجال تتباين فيها النظم الوطنية تبائنا كبيرا أو تكون غير متطورة أو متقادمة

، ومن ناحية أخرى توفير حافز لحركة باتجاه التوحيد . وثمة اعتبار آخر يمكن أن يكون في صالح نهج القانون النموذجي ، وهو أن التفاوض أسهل حول صك يحتوي على التزامات لا يمكن تغييرها .

١٦٤ - ونصوص القوانين النموذجية التي أنجزتها الأونسيتال مؤخرا تتضمن دليلا للتشريع ، في حين أن النصوص السابقة تتضمن مذكرة تفسيرية . والغرض من دليل التشريع أو المذكرة التفسيرية هو تقديم المعلومات الخلفية والتوضيحية ذات الصلة بالنص ، التي يمكن أن تساعد الحكومات والمشرعين على استعمال النص . ويمكن أن يشتمل الدليل ، مثلا ، على معلومات تساعد الدول لدى النظر في ماهية أحكام القانون النموذجي التي قد يلزم تعديلها لمراعاة ظروف وطنية معينة ، إن وجدت فيه أحكام يلزم تعديلها ، وكذلك المعلومات المتعلقة بالمناقشات التي دارت في الفريق العامل حول الخيارات والاعتبارات السياسية . وعلاوة على ذلك يمكن أن يشتمل الدليل على مسائل لم يتناولها نص القانون النموذجي ، وذلك لتوفير المزيد من الايضاح والارشاد للدول التي تشترع القانون النموذجي .

١٦٥ - وفي فئة القوانين النموذجية التي أعدتها الأونسيتال ، هناك نصان يوضحان مرونة هذا الشكل ، وهما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والقانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية . ويمكن وصف القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بأنه صك اجرائي ، وهو يوفر مجموعة متميزة من المواد المترابطة . ويوصى بأنه لا يلزم ، لدى اعتماد القانون النموذجي ، سوى اجراء تعديلات أو تغييرات قليلة للغاية . والبلدان التي اعتمدت تشريعات سنت بها القانون النموذجي لم تغير نصه إلا نادرا للغاية عموما ، ما يوحي بأنه وجد قبولا واسعا النطاق كنص نموذجي متماسك .

١٦٦ - والقانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية هو ، من الناحية الأخرى ، نص مفاهيمي بقدر أكبر . والتشريعات التي تعتمد القانون النموذجي أو تقترح "اشتراكه" تتجلى فيها ، الى حد بعيد ، المبادئ الواردة في النص ، ولكنها قد تختلف عنه لا من حيث الصياغة وحدها بل أيضا من حيث مجموعة الأحكام التي تعتمد أو يقترح اعتمادها . وبهذه الصفة ، وبقدر ما أنه من الملائم التمييز بين القانون النموذجي والأحكام النموذجية ، ربما يمكن اعتبار أن القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية يضع مجموعة من المبادئ النموذجية ، مصوغة في شكل أحكام تشريعية بغية تسيير نظر المشرعين فيها والمساعدة على تطوير القوانين . ولا تشكل هذه المبادئ بالضرورة مجموعة متميزة بنفس طريقة أحكام القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، ولكنها تتناول عددا من القواعد الموجودة التي قد تكون مبعثرة في شتى أجزاء القوانين الوطنية المختلفة في الدولة المشترعة العادية . وتبعا لذلك فقد لا تقوم الدولة المشترعة ، بالضرورة ، بادراج النص بأكمله في قانون قائم بذاته ، بل يمكن أن تعتمد أحكاما ملائمة تدرج في التشريعات القائمة . وبرغم ذلك فإن القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية يتناول بالفعل المسائل القانونية ذات الصلة باقامة اطار قانوني أساسي للتجارة الالكترونية ، وفي حين أن الأحكام النموذجية لا يدعى أنها تتناول جميع المسائل القانونية ذات الصلة بالتجارة الالكترونية ، فإنها توفر بالفعل مجموعة من المبادئ متفاوض عليها دوليا يمكن أن يسترشد بها المشرعون لدى النظر في المسائل التي تتناولها تلك المبادئ ومعالجتها .

باء - مبادئ أو توصيات تشريعية

١٦٧ - ليس من الممكن دائما صوغ أحكام موحدة محددة في شكل مناسب ، مثل اتفاقية أو قانون نموذجي ، لادراجها في النظم القانونية الوطنية . ويمكن أن يكون أحد الأسباب ، مثلا ، أن النظم القانونية الوطنية تستخدم أساليباً ونهجاً تشريعية واسعة التباين لحل مسألة معينة ، أو أن الدول ليست مستعدة بعد للاتفاق على نهج موحد أو قاعدة موحدة . ويمكن أن يتمثل سبب آخر في أنه ليست جميع الدول ترى حاجة ملحة بالقدر الكافي لايجاد حل موحد لمسألة معينة .

١٦٨ - وفي تلك الحالة ، قد يكون من الملائم عدم محاولة صوغ نص في شكل قانون نموذجي بل اقتصار العمل على وضع مجموعة من المبادئ أو التوصيات التشريعية . ويكون الغرض من هذه المبادئ أو التوصيات التشريعية هو مساعدة الحكومات والهيئات التشريعية على استعراض مدى كفاية القوانين واللوائح التنظيمية والمراسيم والنصوص التشريعية المماثلة الموجودة في ميدان معين . ومن أجل تعزيز هدف التنسيق ، واقتراح نموذج تشريعي ، سيلزم أن تحتوي المبادئ أو التوصيات على أكثر من مجرد بيان للأهداف العامة . وتبين هذه المبادئ أو التوصيات عددا من المسائل التي كثيرا ما تتناولها القوانين واللوائح التنظيمية الوطنية وتتناول مدى استصواب معالجة تلك المسائل في التشريع . ويقدم النص مجموعة من الحلول التشريعية الممكنة بشأن مسائل معينة ، ولكن لا يقدم بالضرورة مجموعة وحيدة من الحلول النموذجية للمسائل التي يتناولها . ويمكن أن يكون من الملائم ادراج بدائل ، رهنا بالاعتبارات السياسية المنطبقة . ويساعد النص القارئ على تقييم النهج المختلفة المتاحة واختيار النهج المناسب في السياق الوطني .

* * *